Die Vertretung der Gemeinde nach außen

Zuständigkeits- und Formmängel beim Handeln der Gemeindeorgane nach deutschem Kommunalrecht

Inaugural - Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde einer
Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard - Karls - Universität zu Tübingen

vorgelegt von

Rudolf Berroth
aus Tübingen /N

1964

7984

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547602_0041

Die Vertretung der Gemeinde nach außen

Zuständigkeits- und Formmängel beim Handeln der Gemeindeorgane nach deutschem Kommunalrecht

Inaugural - Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde einer
Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard - Karls - Universität zu Tübingen

vorgelegt von

Rudolf Berroth
aus Tübingen /N

1964

Dekan: Prof. Dr. Ferdinand Elsener

1. Berichterstatter: Prof. Dr. Adolf Schüle

2. Berichterstatter: Prof. Dr. Otto Bachof

Tag der mündlichen Prüfung: 13. Juli 1964

Druck und Einband :
Rudolf Stehle, Düsseldorf, Klosterstr. 114
Telefon : 35 03 73

Meinem Vater

Rechtsanwalt Dr. jur. Rudolf Berroth

in Dankbarkeit gewidmet.

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis Seite X

Abkürzungsverzeichnis Seite XIX

Einleitung Seite 1

I. Teil

Rechtliche und dogmatische Grundlagen

§ 1 Die Rechtsquellen des Gemeindeverfassungsrechts Seite 8

1. Verteilung der Gesetzgebungsbefugnis Seite 8

2. Verfassungsrechtliche Garantien Seite 10

3. Die landesrechtliche Regelung Seite 12

§ 2 Rechtsnatur und Rechtsstellung der Gemeinden Seite 14

1. Rechtsnatur Seite 14

2. Der Theorienstreit um das Wesen der juristischen Person und ihre Handlungsfähigkeit Seite 15

3. Die Geschäfts- und Prozeßfähigkeit Seite 18

§ 3 Die Gemeindeverfassungstypen und deren Zuständigkeitsverteilung in Grundzügen Seite 21

1. Der Rat der Gemeinde Seite 21

2. Die Verwaltungsleitung Seite 22

3. Die Typen der Gemeindeverfassungen Seite 24

A) Die streng monistische Ratsverfassung Seite 24

B) Die Ratsverfassung mit besonderem monistischem Ausführungsorgan Seite 25

C) Ratsverfassung mit verstärkter Stellung der monistischen Verwaltungsleitung Seite 27

D) Ratsverfassung mit Personalunion zwischen Ratsvorsitzendem und Verwaltungsleiter (Bürgermeisterverfassung). Seite 27

E) Echte Magistratsverfassung Seite 28

F) Unechte Magistratsverfassung Seite 29

§ 4 Organschaft und Stellvertretung bei der innerkörperschaftlichen Zuständigkeitsverteilung der Gemeinde. Seite 31

1. Der Organbegriff Seite 31

2. Der dogmatische Unterschied zwischen Organschaft und Stellvertretung Seite 34

3. Die unmittelbaren Organe Seite 36

4. Die mittelbaren Organe Seite 38

a) Die Beigeordneten Seite 38

b) Der Beauftragte Seite 42

5. Die rechtsgeschäftlich Bevollmächtigten Seite 47

a) Die Körperschaft als Vollmachtgeber Seite 47

b) Der sachliche Umfang der Vollmacht Seite 48

c) Rechtsfolgen Seite 51

§ 5 Begriff und Gegenstand der "Vertretung nach außen" im gemeinderechtlichen Sinne. Seite 52

1. Der Begriff der Vertretung im allgemeinen Seite 52

2. Die Vertretung der Gemeinde "nach außen" Seite 54

a) Planung und Aufgabenerfüllung Seite 54

b) Abgrenzung innerhalb der Aufgabenerfüllung Seite 58

3. Das Vertretungsproblem beim Überschreiten des gemeindlichen Wirkungskreises, beim Fehlen einer vorgeschriebenen aufsichtsbehördlichen Genehmigung und in Irrtumsfällen Seite 61

a) Das Überschreiten des gemeindlichen Wirkungskreises Seite 62

b) Der Verstoß gegen einen Genehmigungsvorbehalt Seite 63

c) Vertretung und Irrtum des Vertreters Seite 64

4. Anhang: Die Wirkung fehlerfreier Vertretung Seite 64

II. Teil

Die Rechtswirkungen der Vertretung bei Zuständigkeitsmängeln.

§ 6 Fehlerhafte Handlungen bei unmittelbarer gesetzlicher Vertretungsmacht. Seite 66

1. Unmittelbare Organschaft und Handeln "ohne Vertretungsmacht" Seite 66

2. Das Handeln gegen oder ohne Beschluß des Willensorgans (Rat) in Rechtssprechung und Literatur Seite 67

3. Eigener Lösungsversuch zur Auswirkung der Willensbildung durch den Rat auf die Organmacht des zur Vertretung Zuständigen Seite 72

4. Organmacht und Organbefugnis bei öffentlich-rechtlichen Aufgaben der Gemeinde Seite 76

§ 7 Fehlerhafte Handlungen bei abgeleiteter Organmacht. Seite 80

1. Das Handeln des mittelbaren Organs ohne oder entgegen einem Ratsbeschluß, jedoch innerhalb des übertragenen Aufgabengebiets Seite 80

a) Lösung des Problems aus dem Begriff des Mandats Seite 80

b) Sonderfälle nach den Bestimmungen der Gemeindeordnungen Seite 82

2. Handeln des mittelbaren Organs außerhalb des ihm übertragenen Aufgabengebiets Seite 84

a) Rechtsfolgen beim Handeln auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts Seite 86

b) Rechtsfolgen beim Handeln auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts Seite 87

3. Das Handeln des mittelbaren Organs innerhalb des übertragenen Aufgabenkreises, jedoch gegen eine erteilte Weisung Seite 88

III. Teil

Die Rechtswirkungen der Vertretung bei Formmängeln.

1. Kapitel

Die Formvorschriften in der Geschichte des Gemeinderechts.

§ 8 Die Formvorschriften in den Gemeindeverfassungsgesetzen bis zum Jahre 1934. Seite 91

1. Voraussetzungen der Formvorschriften Seite 91

2. Entstehung besonderer Formen im Gemeinderecht Seite 92

3. Hauptprobleme der gemeindlichen Formvorschriften nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts Seite 93

4. Einschränkung der Formbedürftigkeit durch das Reichsgericht Seite 95

5. Stellungnahme der Literatur und Rechtssprechung Seite 98

6. Folgen des Formverstosses Seite 101

§ 9 Die Formvorschrift nach der Deutschen Gemeindeordnung vom 30.1.1935 Seite 102

2. Kapitel

Die Formvorschriften nach dem geltenden Gemeinderecht.

§ 10 Die gesetzliche Fassung der Formvorschriften Seite 105

1. Die Gesetzgebung seit Außerkrafttreten der DGO Seite 105

2. Die wesentlichen Unterschiede in den Fassungen der Formvorschriften Seite 106

a) Unterzeichnung der Erklärung durch eine vertretungsberechtigte Person Seite 107

b) Unterzeichnung durch mindestens zwei berechtigte Personen Seite 108

§ 11 Der Begriff der Verpflichtungserklärung im Sinne der kommunalen Formvorschriften. Seite 110

1. Allgemeine Abgrenzung nach dem Wortlaut der Formvorschriften Seite 110

2. Der gesetzliche Verzicht auf die Formbedürftigkeit bei "Geschäften der laufenden Verwaltung" Seite 112

a) "Laufende Verwaltung" im Gemeinderecht und Privatrecht Seite 113

b) Der Begriff der "laufenden Verwaltung" in den Kreisordnungen der Länder und im JWG Seite 113

c) Die Bedeutung des Begriffs der "laufenden Verwaltung" für Zuständigkeitsabgrenzung und Formbedürftigkeit Seite 115

d) Die Rechtssprechung zum Begriff "Geschäft der laufenden Verwaltung" Seite 117

e) Eigener Lösungsversuch:

aa) Abgrenzung nach dem schlichten Wortlaut Seite 120

bb) Die wirtschaftliche Seite Seite 120

cc) Das kommunalpolitische Gericht Seite 121

dd) Das Verhältnis zwischen wirtschaftlicher und politischer Bedeutung Seite 123

ee) Die Regelmäßigkeit des Geschäfts Seite 125

ff) Die Bedeutung des Geschäfts für den Partner der Gemeinde Seite 127

gg) Definition Seite 128

§ 12 Zweck und Inhalt der geltenden kommunal-rechtlichen Formvorschriften. Seite 129

1. Der Schutzzweck der Formvorschrift nach der Rechtssprechung Seite 129

2. Schutzzweck und Vertretungsregelung im allgemeinen Seite 130

3. Die Formvorschrift im Recht von Baden-Württemberg und Bayern Seite 134

4. Die Formvorschrift im Recht von Rheinland-Pfalz, Hessen, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Saarland und Schleswig-Holstein Seite 138

§ 13 Gültigkeit und Rechtswirkung der Formvorschrift. Seite 143

1. Die kommunale Formvorschrift als materielle Vertretungsregelung Seite 143

2. Die kommunale Formvorschrift als "Zusatzbestimmung" bürgerlich-rechtlicher Formerfordernisse Seite 144

3. Die kommunale Formvorschrift als Regelung der Handlungsfähigkeit Seite 145

4. Eigene Stellungnahme Seite 146

IV. Teil

Der Einwand von Treu und Glauben bei fehlerhaftem gemeindlichem Handeln.

§ 14 Die Übertragung des im Zivilrecht entwickelten Vertrauensschutzes auf Rechtsbeziehungen im öffentlichen Recht. Seite 152

1. Vertrauensschutz im öffentlichen Recht Seite 152

2. Allgemeine Kriterien für die Gültigkeit des Gutglaubensschutzes bei öffentlich-rechtlichem Handeln Seite 153

a) Die Vertrauensgrundlage Seite 154

b) Das Vertrauen Seite 154

c) Das Opfer Seite 155

d) Die Zurechenbarkeit Seite 155

§ 15 Der Einwand von Treu und Glauben bei Zuständigkeitsmängeln. Seite 157

1. Die Berufung der Gemeinde auf Treu und Glauben bei mangelhafter Vertretungsbefugnis Seite 157

a) Auf dem Gebiete des privaten Rechts Seite 157

aa) Kollusion Seite 157

bb) Mißbrauch der Vertretungsmacht Seite 158

b) Auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts Seite 160

aa) Kollusion Seite 160

bb) Mißbrauch der Vertretungsmacht Seite 160

2. Die Berufung des Bürgers auf Treu und Glauben bei mangelnder Vertretungsmacht Seite 160

a) Auf dem Gebiete des privaten Rechts Seite 160

b) Auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts Seite 163

§ 16 Der Einwand von Treu und Glauben bei Formmängeln. Seite 165

1. Rechtssprechung und Literatur zum Gutglaubensschutz bei öffentlich-rechtlichen Formvorschriften Seite 166

a) Formvorschriften im Beamtenrecht Seite 166

b) Formvorschriften im allgemeinen Verwaltungsrecht Seite 167

2. Eigene Stellungnahme Seite 168

a) Der Gutglaubensschutz des Bürgers gegenüber der Berufung der Gemeinde auf die Formnichtigkeit Seite 168

b) Der Gutglaubensschutz der Gemeinde gegenüber der Berufung des Bürgers auf die Formnichtigkeit Seite 174

Literaturverzeichnis

Appel	"Rechtsgeschäfte der preuß. Gemeinde", JW 1913, S. 531 ff
Beitzke	"Treu und Glauben bei privaten Rechtsgeschäften der öffentlichen Hand", MDR 53, S. 1 ff
Bitter	"Verpflichtungserklärungen in der laufenden Verwaltung", Gemeindetag, 1936, S. 730 ff
Bockelmann	"Verhältnis des Gemeinderats und seiner Ausschüsse zur Gemeindeverwaltung", Kommunale Politik, 1948 Heft 4
Böhm	"Bürgermeister und Gemeindevertretung nach hessischem Gemeinderecht", Jur. Diss. Heidelberg 1951
Böhme	"Die Zersplitterung des Deutschen Gemeindeverfassungsrechts", DÖV 1953, S. 449
Bohley	"Die Stellung und Vertretung der Gemeinden im Rechtsverkehr", Deutsche Verwaltungsblätter, 83. Jahrgang 1935, S. 180 ff
"	"Zur Rechtsstellung und Vertretung der Gemeinden", Bayrischer Bürgermeister, 1953, S. 217 ff, 244 ff, 267 ff
Bondy	"Organschaft und Stellvertretung" Zeitschrift für öffentliches Recht, Band 11 (1931), S. 321 ff
Braun - Holl	"Gemeindeordnung für Württ.-Hohenzollern", Stuttgart 1950
Brell	"Vom Gemeindeverfassungsrecht", Schriften der Berliner Verwaltungsschulen 1953
Brombach	"Die Bedeutung der Verpflichtungsgeschäfte der Gemeinden", RVBl., Band 56 (1935), S. 648

Capeller	"Zur Duldungs- und Anscheinsvollmacht öffentlich-rechtlicher Körperschaften", MDR 56, S. 7 f.
Clasen	"Zuständigkeit und gesetzliche Vertretungsbefugnis des Gemeindedirektors in Nordrhein-Westfalen", Der öffentliche Dienst, 1958, S. 90
Dietmann	"Die Neugestaltung des deutschen Gemeindeverfassungsrechts", Jur.Diss. Tübingen 1957
Ebel	"Die Vertretung der Gemeinde nach der Hessischen Gemeindeordnung", Der öffentliche Dienst, 1952, S. 161
Elleringmann	"Vertretung und Verfügung beim Eigentumsübergang an Grundstücken im Spiegel des Gemeindeverfassungsrechts und der gemeindlichen Verwaltungspraxis", Staats- und Selbstverwaltung, 1935, S. 441 ff, 489 ff
"	"Grundlagen der Kom-Verfassung und der Kom.Aufsicht", Schriftenreihe der Verwaltung und Wirtschaft, Heft 18, Stuttgart 1957
Engelhard	"Zur Form der Verpflichtungsgeschäfte nach dem preuß. Gemeindefinanzgesetz und der Deutschen Gemeindeordnung", JW 1935, S. 916
Enneccerus-Nipperdey	"Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts", 1. Halbband, Tübingen 1952
"	"Entwurf einer Deutschen Gemeindeordnung des Deutschen Städtetages v. 17.5.1947", Schriften des Deutschen Städtetages, Heft 1
Enderling	"Formvorschriften für Verpflichtungserklärungen der Gemeinden", Der Kommunale Dienst 1951, S. 52 ff

Eyermann-Fröhler	Verwaltungsgerichtsordnung, Kom. München und Berlin 1960
Fischer	"Die Vertretung der Stadtgemeinde", Preußische Verwaltungsblätter, Band 40 (1919), S. 259 ff
Fleiner	"Institution des Deutschen Verwaltungsrechts", Neudruck der 8. Auflage Tübingen 1928, Aalen 1960
Forsthoff	"Lehrbuch des Verwaltungsrechts", 8. Auflage München - Berlin 1961
Framenau	"Die Gemeindeverfassung des Saarlandes", Staats- und kommunale Verwaltung 1959, S. 258
Fröhner - Bran	"Die bürgerschaftliche Selbstverwaltung", Stuttgart 1958
Gerhard	"Gemeindeordnung für Nordrhein-Westfalen", Westdeutscher Verlag 1953
v. Gierke	"Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtssprechung", Berlin 1887
"	"Deutsches Privatrecht", Band I 1895
"	"Die Haftung des Staats und der Gemeinden für Beamte", Verhandlungen des Deutschen Juristentages, Band I, 1905
Göbel - Fröhner	"Gemeindeordnung für Baden-Württemberg", Stuttgart 1956
Golzen	"Die Form der Verpflichtungserklärungen der Landgemeinden, Städte und Kreise in Preußen", Bank -Archiv 30. Jahrgang (1930/31) S. 207

Golzen	"Die Form der Verpflichtungserklärungen der Landgemeinden, Städte und Kreise außerhalb Preußens", Bank-Archiv 30. Jahrgang(1930/31) S. 343
Hamel	"Form und Vertretungsmacht bei Rechtsgeschäften der öffentlichen Hand", DVBl. 1955, S. 796 ff
"	"Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis", 1. Band: Kommunalverfassung, Berlin - Göttingen - Heidelberg 1956 (Herausg. von Peters)
Helfritz	"Die Vertretung der Städte und Landgemeinden nach außen in dem Gemeinderecht der östlichen Provinzen Preußens", Berlin 1916
Helmreich-Widtmann	"Bayrische Gemeindeordnung" Kommentar, 2. Auflage München 1959
Hölzl	"Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern", Kommentar, 3. Auflage München 1960
"	"Die Vertretung der Gemeinde", Bayrischer Bürgermeister 1950, S. 6 ff
Janberg	"Vertretung und Formzwang bei Verpflichtungserklärungen" RVerwBl. 1935, S. 654
Jansen	"Die Vertretung der Gemeinden nach außen" und die "Formbedürftigkeit der kommunalen Verpflichtungserklärungen" sind Scheinprobleme, Jur, Diss. Köln 1934
"	"Die Vertretung der Gemeinden nach außen und die kommunalen Verpflichtungserklärungen", RVBl. 1935, S. 650
Jantz	"Verpflichtungserklärungen der Gemeinde", Die Landgemeinde 1935, S. 288
Jellinek	"Allgemeine Staatslehre", 3. Auflage, 6. Neudruck, Darmstadt 1959

Jesch	"Rechtsstellung und Rechtsschutz der Gemeinden bei der Wahrnehmung staatlicher Aufgaben", DÖV 1960, S. 739
v.Köckritz	"Zu: Geschäfte der laufenden Verwaltung", Der kommunale Dienst 1954, S. 109 ff
Koehler	Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, Berlin und Frankfurt, 1960
Kottenberg	"Gemeindeordnung für Nordrhein-Westfalen", Kommentar, 5. Auflage 1956
Köttgen	"Innere Struktur und Zuständigkeit der Gemeindevertretung" DVBl. 1952, S. 421 ff
Kühn	"Die Vertretung der deutschen Gemeinde im bürgerlichen Rechtsverkehr seit dem Zusammenbruch 1945", Jur.Diss., Frankfurt 1953
Kunze-Schmid	"Die Gemeindeordnung für Baden-Württemberg", Kommentar, Stuttgart - Köln 1956
Laforet	"Deutsches Verwaltungsrecht" München 1937
Lassar	"Zur Lehre von der beschränkten Handlungsfähigkeit öffentlich rechtlicher, juristischer Personen nach preußischem Recht", Verwaltungsarchiv Band 38 (1933), S. 31 f
Lauritzen	"Die Selbstverwaltung in Schleswig-Holstein", Handkommentar zu Gemeindeordnung, Kiel 1950
Lemke	"Verpflichtungserklärungen der Gemeinden", RVBl. 1935, S. 456
"	"Formzwang für Vollmachten für Verpflichtungserklärungen der Gemeinde", RVBl. 1935, S. 818

Lindemann	"Die Niedersächsische Gemeindeordnung", Hannover 1955
Loschelder	"Kommentar zur Preußischen Städteordnung", Berlin - München, o.J.
Lünenbürger	"Die Vertretung der Gemeinde im Rechtsverkehr", Schriftenreihe des Instituts für kommunale Wissenschaft an der Universität Frankfurt a.M. Band 1, 1949
Mangels	"Zur Übertragung von Hoheitsbefugnissen im Bereich der Verwaltungsbehörden", JZ 1957, S. 161 ff
Masson	"Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern", Kommentar München 1952
Muntzke-Schlempp	"Hessische Gemeindeordnung", Kommentar Bad Homburg v.d.H. 1954
Nauk	"Arglist bei öffentlich-rechtlichen Formvorschriften", JW 1936, S. 2508 ff
"	"Zur Vertretung der Gemeinden", JW 1936, S. 1571
Nawiasky	"Allgemeine Staatslehre", Köln 1945/48
Nipperdey	"Formmangel, Vertretungsmangel, fehlende Genehmigung bei Rechtsgeschäften der öffentlichen Hand und Treu und Glauben", JZ 52, S. 577 ff
Obermeyer	"Zur Übertragung von Hoheitsbefugnissen im Bereich der Verwaltungsbehörden", JZ 56, S. 617 ff
Oesterling	"Kann eine Gemeinde aus mündlichen Verpflichtungserklärungen ihre Vertretungsorgane in Anspruch genommen werden ?", RVBl. 1935, S. 917

Odenbreit	"Gemeindeordnung, Amtsordnung und Kommunalwahlgesetz in Nordrhein-Westfalen", Münster 1957
Preuß	"Stellvertretung und Organschaft", Jhering's Jahrbuch für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Band 44 (n.F. Band 19) S. 447 ff
Rahn	"Einrede der Arglist gegenüber der Berufung auf Formnichtigkeit von Rechtsgeschäften", Jur.Diss. Tübingen 1924
Richter	"Sind Verträge mit Gemeinden, die der in den Gemeindeverfassungsgesetzen vorgeschriebenen Form oder Genehmigung entbehren, nichtig", PrVBl., Band 52 (1931) S. 685 ff
Rüffelmacher	"Die Vertretung der Gemeinde", Jur. Diss. Erlangen 1957
Salzmann-Schunk	"Das Selbstverwaltungsgesetz für Rheinland-Pfalz", 2. Auflage, Mainz 1955
Schlempp	"Vertretung und Formzwang bei Verpflichtungserklärungen der Gemeinde", Gemeindetag 1936, S. 49 ff, 87 ff, 139 ff
"	"Die Gemeinden im Rechtsverkehr", Stuttgart und Berlin 1939
Schlossmann	"Organ und Stellvertreter", Jhering's Jahrbuch, Band 44 (1902), S. 289 ff
Scholz	"Formnichtigkeit und Arglisteinrede", NJW 1950, S. 81 ff
Schreiber	"Formzwang und Legitimation bei den verpflichtenden Willenserklärungen der kommunalen und kirchlichen Körperschaften", Zeitschrift des Deutschen Notarvereins, 11. Jahrgang (1911), S. 495 ff, 583 ff

Schüle	"Treu und Glauben im deutschen Verwaltungsrecht", Verw.Arch. Band 38 (1933) S. 399 ff, Band 39 (1934) S. 1 ff
Seeger	"Geschäfte der laufenden Verwaltung nach der Gemeindeordnung für Baden-Württemberg", BaWüVBl. 1957, S. 51 ff
Sommer	"Zur Rechtsstellung des Gemeindedirektors in Nordrhein-Westfalen", Der Städtetag 1957, S. 5 ff
Stich	"Treu und Glauben im öffentlichen Recht", Jur. Diss. Mainz 1954
Surén-Loschelder	"Die Deutsche Gemeindeordnung", Kommentar, 2. Auflage, Berlin 1940
Surén	"Die Gemeindeordnungen in der Bundesrepublik", Band II: Gemeindewirtschaftsrecht, Köln - Berlin - München - Bonn 1960
Triepel	"Delegation und Mandat im öffentlichen Recht", Stuttgart und Berlin 1942
Weber Hans	"J.v. Staudinger's Kommentar zum BGB", II. Band: Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1 b, 11. Auflage, Berlin 1961
Weber Werner	"Staats- und Selbstverwaltung in der Gegenwart", Göttinger rechtswissenschaftliche Studien,Heft 9, 1953
Weigert	"Die verpflichtenden Rechtsgeschäfte der rheinischen Landgemeinden", PrVBl., Band 36 (1915) S. 22 ff
Weimar	"Verpflichtung und Verfügung", Kom. Dienst 1951, S. 35

Widtmann	"Zur Auslegung des Art. 38 Abs. 2 der Bayrischen Gemeindeordnung", Bayrischer Bürgermeister 1955, S. 7 ff
Wild	"Treu und Glauben bei Verpflichtungserklärungen der Gemeinde", Bayrischer Bürgermeister 1955, S. 175 ff
Wolff Hans J.	"Organschaft und jur. Person", Band 2: Theorie der Vertretung, Berlin 1934
"	"Verwaltungsrecht I", 4. Auflage München 1961

Abkürzungsverzeichnis

a.a.O.	=	am angegebenen Ort
ABl.	=	Amtsblatt
ALR	=	Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten vom 5.2.1794
BGH	=	Bundesgerichtshof
BGHZ	=	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BVerfG	=	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	=	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	=	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	=	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
DGO	=	Deutsche Gemeindeordnung v. 30.1.1935
DÖV	=	Die öffentliche Verwaltung
DVBl.	=	Deutsches Verwaltungsblatt
GBl.	=	Gesetzblatt
GO	=	Gemeindeordnung
GVBl.	=	Gesetzverordnungsblatt
LV	=	Landesverfassung
JW	=	Juristische Wochenschrift
JZ	=	Juristenzeitung
KG	=	Kammergericht
Kom.	=	Kommentar
kom.	=	kommunal
Kom.Dienst	=	Kommunaler Dienst

LGO	=	Landgemeindeordnung
LM	=	Lindemayer - Möhring, Nachschlagewerk der Entscheidungen des Bundesgerichtshofes
MDR	=	Monatsschrift für Deutsches Recht
NJW	=	Neue Juristische Wochenschrift
OLG	=	Oberlandesgericht
OGHZ	=	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für die britisch besetzte Zone
OVG	=	Oberverwaltungsgericht
ÖStO	=	Städteordnung für die östlichen Provinzen Preußens (1853)
PrVBl.	=	Preußisches Verwaltungsblatt
RAG	=	Reichsarbeitsgericht
RdA	=	Recht der Arbeit
RG	=	Reichsgericht
RGZ	=	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RdNr.	=	Randnummer
Rspr.	=	Rechtssprechung
RVBl.	=	Reichsverwaltungsblatt
Verf.GH	=	Verfassungsgerichtshof
VGH	=	Verwaltungsgerichtshof
Verw.Arch.	=	Verwaltungsarchiv

Nicht aufgeführte Gesetze werden nach der amtlichen Abkürzung zitiert.

Einleitung.

Der Erlaß der Preuß. Städteordnung vom 19.11.1808 kann als Geburtsstunde des modernen deutschen Gemeinderechts bezeichnet werden. Wenn auch schon früher dem deutschen Gemeinderecht eine bürgerschaftliche Selbstverwaltung nicht fremd war - so insbesondere der Verwaltung der Reichs- und Hansestädte - so hat doch die Stein'sche Städteordnung zum ersten Mal das Prinzip der demokratisch-kommunalen Verwaltung allgemein und für alle Gemeinden verwirklicht. Im Jahre 1918 wurde das bis dahin auf der konstitutionell-monarchischen Staatsform beruhende Gemeinderecht auf die Grundsätze des republikanisch-demokratischen Staatswesens umgestellt. Das Jahr 1935 brachte mit dem Erlaß der Deutschen Gemeindeordnung die Geltung des Führerprinzips auch auf der Kommunalebene. Dies bedeutete zwar nicht theoretisch, aber in Wirklichkeit das vorläufige Ende bürgerschaftlicher Selbstverwaltung. Erst nach dem Zusammenbruch des Deutschen Reiches im Jahre 1945 wurde die echte demokratische Selbstverwaltung schrittweise wieder hergestellt.

Den verschiedenen Gemeindeverfassungstypen, die sich in den einzelnen westdeutschen Ländern herausgebildet haben, ist zunächst gemeinsam, daß sich die einheitliche Gemeindeordnung, also die für alle Gemeinden gleiche Regelung innerhalb eines jeden Landes durchgesetzt hat. Darin liegt eine Abkehr von der Rechtsentwicklung in zahlreichen Ländern vor 1933. Vor Erlaß der Deutschen Gemeindeordnung vom 30.1.1935 war sowohl in Preußen, wie

auch in anderen Ländern der Gedanke vorherrschend, daß der soziologische Unterschied zwischen Stadt und Land auch zu einer unterschiedlichen äußeren Form in der Regelung des Rechts der Städte und der Landgemeinden führen müsse. So standen hier neben den Städteordnungen für den Bereich des Landes, oder auch einzelner Provinzen, jeweils besondere Landgemeindeordnungen, die unterschiedliches Recht für die verschiedenen Gemeindegruppen schufen.

Diese gesonderte Behandlung von Stadt und Land scheint mit der deutschen Gemeindeordnung vom 30.1.1935 endgültig ihren Abschluß gefunden zu haben. Alle seit 1945 erlassenen Gemeindeordnungen gehen prinzipiell von der Gleichbehandlung der Stadt- und Landgemeinden aus. Dabei darf allerdings nicht übersehen werden, daß auch heute noch unterschiedliche Regelungen für große bzw. kleine Gemeinden bestehen. Besonders deutlich wird dies z.B. in der Gemeindeordnung für Baden-Württemberg, die für Gemeinden bis zu 3 000 Einwohnern eine Gemeinderatsverfassung vorsieht, während in größeren Gemeinden auch eine Bürgerausschußfassung eingeführt werden kann. Ein anderes Beispiel ist die Gemeindeordnung für Schleswig-Holstein, die die Leitung der Gemeindeverwaltung in hauptamtlich verwalteten Landgemeinden anders regelt als die der ehrenamtlich verwalteten Landgemeinden und der Städte.

So unterschiedlich im übrigen die organisatorische Ausgestaltung der einzelnen Gemeindeverfassungen ist, so finden sich doch überall die gleichen Grundformen, die sich aus dem historischen

Begriff der Selbstverwaltung ergeben und den Kern der Gemeindeverwaltung bestimmen. Tragende Grundlage jeder kommunalen Selbstverwaltung ist die Forderung nach intensiver Mitwirkung der Bürgerschaft und ihrer Repräsentanten an den Geschicken der Gemeinde. Der von den Bürgern gewählte Rat ist Hauptorgan jeder der in der Bundesrepublik Deutschland geltenden Gemeindeverfassungen. Er hat in erster Linie den Willen der Gemeinde zu bilden. Man könnte den Rat, um mit einem Vergleich aus dem Leben einer physischen Person zu reden, als Haupt der Gemeinde bezeichnen.

Da der Rat regelmäßig ein aus zahlreichen Einzelpersonen bestehendes Kollegialorgan ist, vermag er die von ihm gefaßten Beschlüsse nicht selbst zu verwirklichen. Der Rat bedarf hierzu eines besonderen Ausführungsorgans, das den Willen des Kollegiums durch entsprechende Maßnahmen in die Tat umsetzt. Dies ist die zumeist hauptamtliche Verwaltungsleitung der Gemeinde. Auch im Leben der Gemeinde kann man sonach bis zu einem gewissen Grade von einer Trennung der Gewalten sprechen. Allerdings läßt sich das Verhältnis des Rats zur Verwaltungsleitung nicht ohne weiteres mit dem staatsrechtlichen Begriff der Gewaltentrennung erfassen. Insbesondere handelt es sich nicht um eine echte Trennung von Exekutive und Legislative. Die dem Rat zustehende Willensbildung geht über die Gesetzgebung - dieser entsprechen bei der Gemeinde die "Ortsgesetze" (Satzung, Anstaltsordnung) - hinaus, indem sie die Bestimmung aller wesentlichen Angelegenheiten der Verwaltung mit umfaßt. Aus diesem Grunde wird auch die gesamte

Tätigkeit der Gemeinde "Gemeindeverwaltung" genannt.

Da aber Selbstverwaltung Verwaltung durch das Volk oder durch seine Repräsentanten bedeutet, so mußte dem Gemeinderat nicht nur die Beschlußfassung über die Ortsgesetze, sondern auch über alle anderen wesentlichen Angelegenheiten der Gemeinde zugewiesen werden. Der Erweiterung des Aufgabenkreises des Rats entspricht eine Einengung der Funktionen der Verwaltungsleitung. An sich wäre es theoretisch durchaus möglich gewesen, die Aufgaben der Verwaltungsleitung auf die bloße Ausführung der Ratsbeschlüsse zu beschränken, so daß man von der Verwaltungsleitung - um im Bild einer physischen Person zu bleiben - von der Hand der Gemeinde sprechen könnte.

Diese, von der Theorie her gesehen, einfache Lösung ist beim heutigen Umfang der Gemeindeaufgaben undurchführbar und ist auch in keiner der geltenden Gemeindeordnungen streng verwirklicht worden. Der Verwaltungsleitung wurde im allgemeinen eine weit wichtigere Stellung im Leben der Gemeinde eingeräumt, als es dem Prinzip der "Volksherrschaft" durch den Rat entspräche. Zunächst darf nicht übersehen werden, daß auch jedem Ausführungsakt ein Stück Willensbildung innewohnt. Die Willensbildung betrifft die Art und Weise der Ausführung. Letztere wird durch das Ausführungsorgan stets allein bestimmt. Sodann wurden der Verwaltungsleitung im Laufe der Zeit die Angelegenheiten der laufenden Verwaltung zur selbständigen Erledigung übertragen. Ferner kannten und kennen die meisten Gemeindeverfassungen ein Alleinentscheidungsrecht des Ausführungsorgans in Eilfällen. Auch das Recht über den Einsatz und Gebrauch der persönlichen und sach-

lichen Mitteln der Gemeinde zu bestimmen, gehörte stets zum Aufgabenbereich des Ausführungsorgans. Der Verwaltungsleitung ist darüber hinaus im allgemeinen das Recht und die Pflicht übertragen, die Beschlüsse des Willensorgans zu beanstanden, soweit diese rechtswidrig sind. Endlich können der Verwaltungsleitung bestimmte Sachgebiete zu eigener Entscheidung übertragen werden. Hiervon muß der ehrenamtlich besetzte Rat mit steigender Aufgabenbelastung der Gemeinde gezwungenermaßen immer mehr Gebrauch machen.

Am deutlichsten wird aber die über die Ausführung von Beschlüssen hinausgehende Rechtsstellung der Verwaltungsleitung dadurch, daß ihr die gesetzliche Vertretung der Gemeinde, entweder direkt auf Grund Gesetzes oder vom Rat erteilt, übertragen ist. Daraus können Schwierigkeiten insofern entstehen, als ein nicht mit dem Rat identisches Organ "die Gemeinde vertritt" - also dem Außenstehenden gegenüber die Gemeinde repräsentiert - zugleich jedoch im Einzelfall an den Beschluß des Rats gebunden ist. Die praktischen Probleme werden noch dadurch erschwert, daß es der Umfang moderner Gemeindeverwaltung erfordert, daß das gesetzliche Hauptorgan ihm zustehende Aufgaben auf untergeordnete Organe und Bevollmächtigte überträgt. In diesem Falle ist die Tätigkeit einer für die Gemeinde handelnden Person nicht nur an einen Ratsbeschluß, sondern darüber hinaus an Weisungen des übergeordneten Organs gebunden.

Die vorliegende Arbeit soll zur Lösung dieser Fragen beitragen. Die Aufgabenstellung umfaßt insbesondere die Frage nach den Rechtsfolgen fehler-

hafter Zuständigkeit, sowohl bei hoheitlichem wie bei privatrechtlichem Handeln der Gemeinde. Dabei ist versucht worden, die verschiedenen Zuständigkeitsformen der heute im Bundesgebiet geltenden Gemeindeordnungen in Gruppen zusammenzufassen und gemeinsam zu behandeln. Es versteht sich von selbst, daß deswegen den dogmatischen Grundlagen organschaftlicher Zuständigkeit im einzelnen nachgegangen werden, die Rechts- und Handlungsfähigkeit der Gemeinde untersucht und die Begriffe "Vertretung" und "Organschaft" geklärt werden mußten.

Da bei fehlerhaftem Gemeindehandeln zwischen Körperschaft und handelndem Amtsträger lediglich disziplinäre bzw. haftungsrechtliche Folgen eintreten können und diese im allgemeinen keine wesentlichen Probleme aufgeben, beschränkt sich die vorliegende Untersuchung auf die Auswirkung fehlerhafter Handlungen auf das Verhältnis zwischen Bürger und Gemeinde.

Um die entstehenden Fragen nach Schwerpunkten behandeln zu können, mußte auf eine Darstellung der Vertretungstatbestände in eigenbetrieblichen, wirtschaftlichen Unternehmen der Gemeinde verzichtet werden. Diese Beschränkung rechtfertigt sich einmal dadurch, daß die eigenwirtschaftliche Tätigkeit der Gemeinde mit Fragen der organschaftlichen Vertretung nur lose zusammenhängt; zum andern hat das Unternehmensrecht der Gemeinde erst in letzter Zeit eine ausführliche wissenschaftliche Untersuchung durch Surén+) erfahren.

+) "Die Gemeindeordnungen in der Bundesrepublik Deutschland", Band II, Gemeindewirtschaftsrecht, Köln - Berlin - München - Bonn, 1960.

Eine Abhandlung über die Fehler gemeindlichen Handelns wäre unvollständig, wenn das dem Gemeinderecht für Verpflichtungserklärungen eigentümliche Formerfordernis unberücksichtigt bliebe. Auch hier war eine Klärung nur dadurch zu erreichen, daß dem Begriff der "Verpflichtungserklärung" und dem der "Geschäfte der laufenden Verwaltung" sowie dem Zweck der kommunalen Formvorschriften im einzelnen nachgegangen wurde.

Schon hier darf vermerkt werden, daß die kommunalen Formvorschriften nach der hier vertretenen Meinung auf privatrechtlichem Gebiet gegen die bundesrechtlich bestimmte Formfreiheit verstoßen. Weil diese Erkenntnis mit der herrschenden Meinung nicht übereinstimmt, ist diesem Problem besonderer Raum gegeben worden.

Die abschließend behandelte Frage der Anwendung des Vertrauensprinzips bei fehlerhaftem gemeindlichem Handeln soll lediglich die zuvor gewonnene Erkenntnis auch für dieses Gebiet nutzbar machen. Eine ins einzelne gehende Darstellung bedürfte einer besonderen Untersuchung, die die Anwendbarkeit von Treu und Glauben gegenüber der Berufung auf die Formnichtigkeit im allgemeinen zum Gegenstand haben müßte. Insoweit kann daher eine Lösung bezüglich der kommunal-rechtlichen Formvorschriften nur angedeutet werden.

I. Teil

Rechtliche und dogmatische Grundlagen

§ 1 Die Rechtsquellen des Gemeindeverfassungsrechtes.

1. Verteilung der Gesetzgebungsbefugnis:

Die DGO vom 30.1.1935 hatte zum ersten Male ein reichseinheitliches Gemeinderecht gebracht. Die früheren Gemeindeverfassungsgesetze der Länder wurden durch dieses Reichsgesetz, abgesehen von wenigen Ausnahmen[1], abgelöst. Unter dem Gesichtspunkt der Rechtseinheit war demnach durch die DGO ein bedeutender Fortschritt bewirkt. Noch zu Beginn des Jahres 1933 hatten im Gebiet des damaligen Deutschen Reiches 41 verschiedene Städte-, Gemeinde- und Landgemeindeordnungen gegolten, davon allein 16 verschiedene im ehemaligen Staatsgebiet Preußen[2]. Heute ist die durch die DGO erstmals auf dem Gebiete des Gemeinderechts bewirkte Rechtseinheit wieder zerstört. Verschiedene Versuche, die Rechtseinheit zu erhalten oder wieder neu zu schaffen, sind bisher gescheitert[3]. Es ist zwar nicht zu übersehen, daß die in den neuen Bundesländern seit 1945 geschaffenen Gemeindeverfassungen teils mehr teils weniger auf der DGO beruhen. Gleichwohl bietet sich heute wie früher wieder ein mannigfaltiges Bild der verschiedensten Gestaltungen innerhalb der geltenden Gemeindeordnungen. Der äußere Grund für die Rechtszersplitterung liegt darin,

---

1) Vgl. § 119 DGO

2) Vgl. die Aufstellung bei Jellinek: Lehrbuch der Verwaltung S. 71 ff.

3) Vgl. hierzu Böhme: Die Zersplitterung des Deutschen Gemeindeverfassungsrechts, DÖV 1953 S. 449; anonym: "Gegen die Zersplitterung des Selbstverwaltungsrechts", in: Die Selbstverwaltung 1954 S. 67.

daß das Gemeinderecht wieder zur Gesetzgebungszuständigkeit der Länder gehört. Schon die verfassungsgebende Körperschaft, der "Parlamentarische Rat", hat bei seiner Konstituierung verschiedene Gestaltungen der Gemeindeverfassungen in einzelnen Besatzungsgebieten und ehemaligen Ländern vorgefunden[1]. Durch das Grundgesetz wurde hieran nichts geändert, da das Gebiet des Gemeinderechts nicht zum Gegenstand der ausschließlichen (Art. 73 GG) oder konkurrierenden (Art. 74 GG) Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes erklärt wurde. Nach der grundgesetzlichen Vermutung des Art. 70 GG gehört sonach die Gesetzgebung auf dem Gebiete des Gemeinderechts zur Zuständigkeit der Länder.

Nachdem das Bundesverfassungsgericht die sogenannte "Zuständigkeit kraft Natur der Sache" dem rechtsstaatlichen Prinzip entsprechend äußerst eingeschränkt hat, könnte die Gesetzgebungszuständig-

---

1) Im sogenannten Potsdamer Abkommen von 1945 erklärten zwar die Besatzungsmächte, daß der Wiederaufbau der örtlichen Selbstverwaltung so schnell als möglich wiederhergestellt werden solle (vgl. Abschn. II A Ziff. 9 Abs. 1 und 3, veröffentlicht im Amtsblatt des Kontrollrats vom 30.4.1946, Ergänzungsblatt Nr.1 S. 15). Nach einer weiteren Erklärung vom gleichen Tage (Amtsblatt des Kontrollrats vom 30.4.1946 S. 10) sollte jeder der 3 Oberbefehlshaber die oberste Gewalt in seinem Besatzungsgebiet ausüben; alle Oberbefehlshaber gemeinsam in Angelegenheiten handeln, die Deutschland als Ganzes betrafen. Obwohl sich aus den genannten Erklärungen der Besatzungsmächte ergibt, daß ursprünglich hierzu auch die einheitliche Regelung des demokratischen Aufbaues in Gemeinde-, Kreis-, Bezirks- und Landesverwaltungen gehörte, kam es in der folgenden Zeit zu einer unterschiedlichen Regelung in den einzelnen Besatzungsgebieten, ja sogar in einzelnen Teilen dieser Gebiete.

keit des Bundes nur auf dem Wege einer Verfassungsänderung erreicht werden[1].

2. Verfassungsrechtliche Garantien:

Das Grundgesetz beschränkt sich, was das gemeindliche Verfassungs- und Verwaltungsrecht betrifft, in Art. 28 Abs. 2 darauf, den Gemeinden das Recht zu gewährleisten, "alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln". Gewährleistet ist damit das Recht der Selbstverwaltung im historischen Sinne[2]. Über die Verfassungsform, in der sich das gemeindliche Leben abspielen soll, ist damit jedoch noch nichts gesagt. In Art. 28 Abs.1 Satz 2 und 3 wird bestimmt, daß das Gemeindevolk eine Vertretung haben müsse, die aus allgemeinen, unmittelbaren, freien, gleichen und geheimen Wahlen hervorgegangen ist, und daß an Stelle einer gewählten Körperschaft eine Gemeindeversammlung treten könne.

Es wird damit für die Gemeindeverfassungen der Grundsatz aufgestellt, daß die Selbstverwaltung der Gemeinden als Einrichtung des Verfassungs- und

---

1) Vgl. Gutachten des BVerfG vom 16.6.1954, BVerfGE 3/407 (421); Urteil des BVerfG vom 10.5.1960, BVerfGE 11/105 (111) und insbesondere Urteil vom 28.2.1961, BVerfGE 12/205 (229 ff).

2) Unter Selbstverwaltung versteht die heute herrschende Lehre die Wahrnehmung öffentlicher Verwaltungsaufgaben durch dem Staate eingegliederte engere Verbände (Körperschaften und Anstalten) im eigenen Namen, aber unter der Aufsicht des übergeordneten Staates, soweit die Gesetze diesem ein Aufsichtsrecht zubilligen (vgl. hierzu Forsthoff a.a.O. S.370; Gönnenwein: Das Recht auf Selbstverwaltung, Handbuch für kommunale Verwaltung I S. 5).

Verwaltungsrechtsnicht beseitigt werden darf[1]. Eine Gewähr für den Bestand der einzelnen Gemeinden wird dagegen vom Grundgesetz im Sinne einer institutionellen Garantie nicht übernommen[1]. Da die Garantie der Selbstverwaltung als Institution jedoch ihre praktische Bedeutung weitgehend verlieren würde, wenn die Verfügung über den Gebietsstand der Gemeinde ohne Schranken in die Hand des Staates gelegt wäre, sind die Gebietsänderungen gegen den Willen der Beteiligten zumeist an ein förmliches Gesetz gebunden[2] oder schreiben doch die Gemeindeordnungen ein bestimmtes förmliches Verfahren hierfür vor[3]. Dadurch wird, soweit die Länder in den Bestand der bestehenden Gemeinden eingreifen wollen, zumindest erreicht, daß nur in Ausnahmefällen Gemeindegebiete verändert werden. Über die Garantie der Gemeinde als Institution hinaus wird damit gewährleistet, daß bei Auflösung einer Gemeinde "überkommene Regeln"[4] eingehalten werden müssen[5].

---

1) Vgl. BVerwG, Urteil vom 22.11.1957 = BVerwGE 6/19; Bay.VerfGH = GVBl 58/13; BVerfG, Beschluß vom 29.4. 1958 = BVerfGE 7/358; Bay. VerfGH, Beschluß vom 4.7.1956 = DÖV 56/702; Maunz - Dürig a.a.O.RNr. 24 und 25 zu Art. 28 GG.

2) Vgl. Art. 74 LV Baden-Württemberg

3) Vgl. Art. 11 bis 14 GO Bayern

4) Vgl. VerfGH Nordrhein-Westfalen in DÖV 59/456

5) Wegen des Umfangs der Garantie der Selbstverwaltung vgl. im übrigen: Weber: Die Verfassungsgarantie der kommunalen Selbstverwaltung, in: Staats- und Selbstverwaltung in der Gegenwart, Göttinger Rechtswissenschaftliche Studien Heft 9, 1953 S. 31; Ellering-mann: Grundlagen der Kommunalverfassung a.a.O. S. 12 ff; Werner: Kommunale Selbstverwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, DVBl. 52/549 und die dort zitierte Rspr; Maunz - Dürig a.a.O. RNr. 29 zu Art. 28 GG.

3. Die landesrechtliche Regelung:

Die Landesverfassungen treffen weder hinsichtlich der verfassungsrechtlichen Garantien weitergehende Regelungen wie das Grundgesetz, noch enthalten sie spezielle Organisationsnormen. Sämtliche 11 Bundesländer erließen sonach ihre Gemeindeordnungen im wesentlichen auf Grund ihrer landesgeschichtlichen Tradition[1]. Dieser Prozeß schloß ab mit dem Erlaß der baden-württembergischen GO vom 25. Juli 1955.

---

1) I. Die Gemeindeordnungen der Länder.
   1. GO für Baden-Württemberg vom 25. Juli 1955 (GBl. S. 129).
   2. GO für den Freistaat Bayern vom 25. Jan. 1952 (GVBl. S. 19) in der Fassung der Gesetze vom 26. Nov. 1954 (GVBl. S. 301) und vom 23. Juli 1955 (GVBl. S. 159).
   3. Hess. GO vom 25. Febr. 1952 (GVBl. S. 11) in der Fassung der Gesetze vom 10. Juli 1953 (GVBl. S. 124) und 6. Juli 1954 (GVBl. S. 117).
   4. Niedersächsische GO vom 4. März 1955 (GVBl. S. 55).
   5. GO für das Land Nordrhein-Westfalen vom 28. Okt. 1952 (GV.NW.S. 283) in der Fassung des Gesetzes vom 9. Juni 1954 (GV.NW. S. 219).
   6. GO für Rheinland-Pfalz, Selbstverwaltungsgesetz in der Fassung des Gesetzes vom 5. Okt. 1954 (GVBl. S. 117).
   7. Saarländische GO vom 10.7.1951 (ABl. S. 995) in der Fassung des Gesetzes vom 27.4.1956 (ABl. S. 543) und vom 26.3.1957 (ABl. S. 295).
   8. GO für Schleswig-Holstein vom 24. Jan. 1950 (GVBl. S. 25) in der Fassung der §§ 74, 75 der Kreisordnung vom 27. Febr. 1950 (GVBl. S. 49) und der Gesetze vom 3. Febr. 1951 (GVBl. S. 31) und vom 29. Jan. 1955 (GVBl. S. 5).

Fortsetzung zu Anm. 1)

II. Die Verfassungen bzw. Selbstverwaltungsgesetze der Städte Berlin, Hamburg, Bremen und Bremerhaven.

1. Verfassung von Berlin vom 1. Sept. 1950 (VOBl. S. 433) in der Fassung des Gesetzes vom 8. Jan. 1951 (VOBl. S. 99).

2. Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg vom 6. Juni 1952 (GVBl. S. 117). Gesetz über die Bezirksverwaltung in der Hansestadt Hamburg vom 21. Sept. 1949 (GVBl. S. 223) in der Fassung des Gesetzes vom 11. Mai 1951 (GVBl. S. 44).

3. Landverfassung der freien Hansestadt Bremen vom 21. Okt. 1947 (GBl. S. 251) in der Fassung des Gesetzes vom 16. Jan. 1953 (GBl. S. 7). Gesetz über Ortsämter und Außenstellen der Bremischen Verwaltung vom 3. Juli 1951 (GBl. S. 67) in der Fassung des Gesetzes vom 6. Febr. 1953 (GBl. S. 9).

4. Verfassung für die Stadt Bremerhaven vom 4. Nov. 1947 (GBl. S. 291) in der Fassung der Ortsgesetze vom 19. Dez. 1947 (GBl. 1948 S. 1), 4. Juli 1951 (GBl. S. 77), 22. Nov. 1952 (GBl. S. 134), 29. Juni 1955 (GBl. S. 81) und 5. Juli 1955 (GBl. S. 87).

§ 2 Rechtsnatur und Rechtsstellung der Gemeinden.

1. Rechtsnatur:

Die politische Gemeinde ist die kleinste, anderen größeren Gemeinwesen (Kreis, Land, Bundesrepublik) eingeordnete Gebietskörperschaft[1], die alle öffentlichen Aufgaben der örtlichen Gemeinschaft wahrnimmt und sie unter eigener Verantwortung verwaltet[2], soweit nicht auf Grund einer Rechtsnorm ausdrücklich die Zuständigkeit einer anderen Körperschaft begründet ist. Gebietskörperschaft ist sie, da sie nicht nur für bestimmte Aufgaben tätig wird, sondern das Gemeindegebiet als unmittelbares räumliches Herrschaftsgebiet umfaßt[3]. Sie ist Körperschaft des öffentlichen Rechts, weil ihre Daseinsordnung durch das öffentliche Recht geschaffen wird und ihre Entstehung nicht auf einem Akt des bürgerlichen Rechts beruht[4]. Daß sie als solche zugleich Trägerin privater wie öffentlicher Rechte ist, gehört zum rechtlichen Grundgehalt der juristischen Person. Dies jedoch mit der Beschränkung, die sich aus dem Wesen der juristischen Person gegenüber der natürlichen Person ergibt und

---

1) Im Gegensatz zu den früheren Gemeindeordnungen ist dies in den meisten geltenden Gemeindeordnungen positivrechtlich bestimmt (vgl. § 1 Abs. 4 GO Bad.-Württ., Art. 1 GO Bayern, Art. 4 Verfassung für Berlin, § 1 Verfassung für die Stadt Bremerhaven, § 1 Abs. 2 Hess. GO, § 1 Nieders. GO, § 1 GO Nordrh.-Westf., § 1 Satz 1 GO Rheinl.-Pfalz, § 1 Abs. 2 GO Schlesw.-Holst.).
Wegen der umstrittenen Frage, ob die Gemeinde eine "ursprüngliche" Gebietskörperschaft ist, wovon Art. 1 GO Bayern ausdrücklich ausgeht, vgl. Hölzl: a.a.O. Anm. 3 zu Art. 1 GO; Nawiasky - Leusser: Die Verfassung des Freistaates Bayern, 1948, Anm. 2 zu Art. 1 GO.

2) Wegen der verfassungsmäßigen Garantie der Selbstverwaltung vgl. Art. 28 GG und oben § 1.

3) Vgl. Elleringmann: Grundlagen der Kommunalverfassung a.a.O. S. 22/23.

4) Vgl. RGZ 13/169.

die die Gesetze, insbesondere hier die Gemeindeverfassungen, ihr speziell auferlegen[1]. Die Gemeinde ist, unabhängig von ihrem theoretisch umstrittenen Wesensgehalt, rechtsfähig. Dies ist unbestritten[2]. So stehen der juristischen Person sowohl Persönlichkeitsrechte (so etwa das Recht auf Namensschutz) als auch Vermögensrechte (Grundeigentum) zu.

2. Der Theorienstreit um das Wesen der juristischen Person und ihre Handlungsfähigkeit:

Über das Wesen der juristischen Person, insbesondere über die Frage, ob diese handlungsfähig sei, herrscht seit langem Streit, der auch heute noch nicht als entschieden angesehen werden kann. Gesichert ist lediglich, daß die juristische Person

---

1) Vgl. Bohley: Die Stellung und Vertretung der Gemeinde im Rechtsverkehr, in Deutsche Verwaltungsblätter 1935 S. 181.

2) Die juristischen Personen des Privatrechts erlangen die Rechtsfähigkeit mit ihrer Errichtung bzw. mit der Eintragung in besondere Register (vgl. etwa § 22 BGB für den eingetragenen Verein). Mit Ausnahme der Registereintragung, die für öffentlich rechtliche Körperschaften nicht vorgesehen ist, gilt für diese Gleiches (vgl. Wieczorek: Zivilprozeßordnung Band I 1 § 50 B II).
Die Gemeindeverfassungen setzen die Rechtsfähigkeit der kommunalen Gebietskörperschaft voraus, wobei allerdings fraglich bleibt, ob diese Voraussetzung nicht aus dem historischen Begriff "Gebietskörperschaft" gewonnen ist. Umstritten ist, ob sich die Rechtsfähigkeit der Gemeinde von der des übergeordneten Staates ableitet; so die herrschende Meinung, vgl. Maunz - Dürig RNr. 38 d zu § 19 Abs. 3 GG. Demgegenüber bezeichnet Art. 1 GO Bayern die Gemeinde als "ursprüngliche Gebietskörperschaft", geht also davon aus, daß die Rechtsfähigkeit der Gemeinde originär zusteht. Vgl. hiezu Hölzl: a.a.O. Anm. 3 zu Art. 1 GO; Helmreich - Widtmann: a.a.O. Anm. 2 zu Art. 1 GO; Salzmann - Schunk a.a.O. Erl. 2 zu § 1 und 2 GO; Süsterhenn - Schäfer: Kom. zur Verf. von Rheinl.-Pfalz 1953, S. 219; Verf.GH Rheinl.-Pfalz, Beschluß vom 10.12.1947 Rhein.Pfälz.VerwBl. 1948 S. 221

zu jedem Tätigwerden der Organe bedarf. Weitgehend ungeklärt ist dagegen noch, wo innerhalb der juristischen Person der Anknüpfungspunkt für die Rechtsträgerschaft zu suchen ist; ob schon die immanente Einheit "Juristische Person" als solche der Rechtsträger ist, oder ob die Rechtsträgerschaft dieser durch die handelnden Organe vermittelt wird. Auf eine ins einzelne gehende Darstellung dieses Theorienstreites muß hier wegen des fast unübersehbaren Schrifttums verzichtet werden.[1)]
Dafür soll im folgenden der Nachweis versucht werden, daß der Theorienstreit um das Wesen der juristischen Person zur Lösung der bei der Vertretung von Körperschaften entstehenden Fragen nicht von entscheidender Bedeutung ist. Das Wesen der juristischen Person kann für eine Untersuchung der von den Organen namens der Gemeinde vorgenommenen Handlungen nur dann von Bedeutung sein, falls sich die Rechtsfolge der Vertretungshandlungen ändern würde, wenn man die eine oder andere Theorie zu Grunde legt.

Dies ist jedoch nicht der Fall. Ob man mit Savigny[2)], Puchta[3)] oder Windscheid[4)] annimmt, die juristische Person beruhe auf einer Fiktion, ob

---

1) Vgl. die kurzgefaßte Zusammenstellung bei Enneccerus-Nipperdey: Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts 1. Halbband 1952 § 103 Anm. 1) und 2); Maunz: Der Streit um die Körperschaft des öffentlichen Rechts, in: Deutsche Verwaltungsblätter 1936 S. 1 ff; Forsthoff: Verwaltungsrecht 1. Band, Allgemeiner Teil, 8. Auflage S. 425 Anm. 5.

2) Savigny: System des heutigen Römischen Rechts, Berlin 1840, Band II S. 2 ff.

3) Puchta: Institutionen 9. Auflage § 191.

4) Windscheid - Kipp: Pandekten 1. Auflage Band I S. 226.

man mit Jhering[1] und Meurer[2], die in der Körperschaft zusammengefaßten Einzelpersonen oder die Verfügungsberechtigten[3] als eigentlichen Rechtsträger ansieht, ob man Gierkes Theorie der "realen Verbandsperson"[4] oder der "Zweck-Vermögenstheorie" von Brinz[5] folgt; durch keine der Lehrmeinungen wird in Frage gestellt, daß Handlungen der innerhalb ihrer Zuständigkeit für die juristische Person tätig werdenden Organe der juristischen Person unmittelbar zugerechnet werden. Der in den Erklärungen oder konkludent in den Handlungen der Organe zum Ausdruck gebrachte Wille wird somit teils mittelbar, teils unmittelbar als Willensäußerung der juristischen Person angesehen[6]. Für die sich aus dem Handeln eines Organs ergebende Rechtsfolge für die Gemeinde ist es aber gleichgültig, ob man die Handlungen der vertretungsberechtigten Person "so ansieht", als seien es Handlungen der juristischen Person selbst; oder ob man auf eine solche Fiktion verzichtet. In beiden Fällen tritt der für die juristische Person handelnde Mensch nicht als außenstehende, fremde Person auf, sondern ist zumindest

---

1) Jhering: Geist des Römischen Rechts 3. Teil 1. Abt. S. 330 ff.

2) Meurer: Die juristische Person nach Deutschem Reichsrecht S. 19 ff.

3) So Hölder: Das Problem der juristischen Persönlichkeit, Jher.J. 53 S. 46 ff., A.ö.R. 21 S. 308 ff.

4) Gierke: Deutsches Privatrecht a.a.O. Band I S. 457 ff und: Das Wesen der menschlichen Verbände, Rektoratsrede 1902; ihm folgend Zitelmann: Das Wesen der juristischen Person 1873. Rümelin: Methodik über juristische Personen 1881 u.a.

5) Brinz: Pandekten 2. Abt. § 226, Weiterentwicklung durch Nipperdey zur sogenannten "Theorie der Zweckpersonifikation" in Enneccerus-Nipperdey: Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts 1. Halbband 1952 § 103.

6) Anders nur die sogenannte "Vertretertheorie" des Römischen Rechts (Ulpian L. 15 § 1 D. de dolo 4,3), der heute keine Bedeutung mehr zukommt.

bezüglich der Rechtswirkung seiner Vertretungshandlung nach außen Teil der juristischen Person.

Dies muß als Ausgangspunkt für die später zu behandelnde organschaftliche Vertretung der Gemeinde festgehalten werden[1]. Die Gemeinde als öffentlich rechtliche Körperschaft ist, da sie durch ihre Organe handelt, zumindest in diesem begrenzten Sinne handlungsfähig[2]. Da parteifähig ist, wer rechtsfähig ist, ist auch die Gemeinde parteifähig. Im Prozeß haben die Organe der Gemeinde die Stellung eines gesetzlichen Vertreters.

3. Die Geschäfts- und Prozeßfähigkeit:

Wiederum auf der Grundlage des Theorienstreits ist umstritten, ob die juristische Person und damit auch die Gemeinde geschäfts- und prozeßfähig ist. Nach überwiegender Auffassung[3] ist die Gemeinde weder geschäftsfähig noch prozeßfähig. Zur Begründung wird darauf hingewiesen, die Geschäftsfähigkeit und die Verpflichtungsfähigkeit, letztere als Voraussetzung der Prozeßfähigkeit nach § 52 ZPO, sei Eigenschaft nur der physischen Person. Es liegt jedoch nahe, daß diese vielfach vertretene Meinung auf einer Verkennung des Unterschieds zwischen Organ und Vertreter beruht[4]. Bejaht man, daß das

---

1) Vgl. unten Seite 31 ff

2) Vgl. Nawiasky: Allgemeine Staatslehre a.a.O. S. 188; Weber: Körperschaft, Anstalt und Stiftung S. 11.

3) Rosenberg: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts 8. Auflage 1960 S. 184; Stein - Jonas - Schönke: ZPO § 51 III A 1; Wieczorek: ZPO Band I Teil I § 51 B I d 1; Lent: Zivilprozeßrecht 4. Auflage S. 59; Ule: Verwaltungsprozeßrecht 1960 S. 60; RGZ 46 222, 23/372, 66/243.

4) Vgl. Brell: Vom Gemeindeverfassungsrecht, Schriften der Berliner Verwaltungsschulen 1953 S. 1; Peters: Lehrbuch der Verwaltung 1949 S. 293 Anm. 4; Kunze - Schmid: GO für Bad.Württemberg a.a.O. Anm. IV 1 c zu § 1 GO.

innerhalb seiner Zuständigkeit handelnde Organ nicht als außerhalb der juristischen Person stehendes Rechtssubjekt, sondern als Teil dieser selbst tätig wird, so können wohl keine durchgreifenden Bedenken dagegen vorgebracht werden, die Handlung des "Teils", nämlich des Organs, als Handlung des übergeordneten "Ganzen", nämlich der juristischen Person, anzusehen[1].

Daß den Organen im Prozeß die Stellung gesetzlicher Vertreter zukommt, zwingt nicht zu einer anderen Beurteilung. Unbestritten[2] sind die Organe der juristischen Person nicht deren gesetzliche Vertreter, sondern werden nur "als solche" behandelt. Dann zwingt auch der Begriff der Geschäftsfähigkeit - die Fähigkeit durch Rechtsgeschäfte Rechtswirkungen hervorzurufen[3] - nicht dazu, Geschäftsfähigkeit und Prozeßfähigkeit lediglich physischen Personen zuzuerkennen. Auch insoweit kommt die Fähigkeit der Organe zu rechtswirksamen Handeln der übergeordneten juristischen Person zugute, sie wird gewissermaßen auf die juristische Person "projiziert". Gerade die Tatsache, daß das Organ, wenn es für die juristische Person tätig wird, als Teil des übergeordneten Ganzen handelt, führt zu der Annahme, daß die den Organen zukommenden Fähigkeiten als solche der juristischen Person zu gelten haben. Andernfalls

---

1) Vgl. Bunsen: Zeitschrift für den Deutschen Zivilprozeß und das Verfahren in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit 26/285.

2) Vgl. Rosenberg a.a.O.; Stein - Jonas - Schönke: Wie zuvor.

3) Vgl. Enneccerus-Nipperdey: Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts 2. Halbband § 150 a I.

würde man ohne zwingenden Grund die rechtliche und tatsächliche enge Verschmelzung der juristischen Person und ihrer Organe wieder zerstören[1]. Auch der Gemeinde muß daher Geschäfts- und Prozeßfähigkeit zukommen[2].

Etwas anderes kann auch nicht aus der gesetzlichen Regelung der Prozeßfähigkeit in § 62 VwGO entnommen werden. Diese Vorschrift bestimmt, daß für Vereinigungen und Behörden deren gesetzliche Vertreter (usw.) handeln. Sie regelt sonach nur die Beteiligtenfähigkeit nicht rechtsfähiger Vereinigungen und Behörden. Die Beteiligtenfähigkeit der rechtsfähigen Personen richtet sich allein nach § 62 Abs. 1 VwGO, ist also abhängig von der Geschäftsfähigkeit nach bürgerlichem Recht.

---

1) Hierfür spricht auch, daß die juristische Person gem. § 61 VwGO fähig ist, sich am Verwaltungsgerichtsverfahren zu beteiligen. Die eigens für das Verwaltungsgerichtsverfahren entwickelte "Beteiligtenfähigkeit" ist zwar mit der Prozeßfähigkeit nicht identisch, steht aber ihr sehr nahe. Beide sind Voraussetzungen dafür, daß jemand unmittelbar den Gang des Verfahrens beeinflussen, insbesondere prozessuale Handlungen vornehmen kann.

2) So unter Hinweis auf den Unterschied zwischen der Rechtsstellung eines Vertreters und der eines Organs: Kunze - Schmid: a.a.O. Anm. IV 1 c zu § 1 GO; ebenso: Helmreich - Widtmann: a.a.O. Anm. 2 zu Art 1 GO; Odenbreit: a.a.O. S. 184. Demgegenüber bejaht Göbel: a.a.O. Anm. 9 zu § 1 GO zwar die Parteifähigkeit, vertritt aber ohne weitere Begründung die Ansicht, daß der Gemeinde die Prozeßfähigkeit unmittelbar nicht zustehe.

§ 3 Die Gemeindeverfassungstypen und deren Zuständigkeitsverteilung in Grundzügen.

1. Der Rat der Gemeinde:

Seit der mit der Steinschen Städteordnung von 1808 angebahnten Entwicklung zu einer demokratischen Verwaltung der Gemeinde mußte die Frage entstehen, in welcher Form dem Willen der Bürgerschaft bei der Verwaltung der Gemeindeangelegenheiten Rechnung zu tragen sei. Die Forderung nach demokratischer Verwaltung hat in sämtlichen Gemeindeverfassungen moderner Prägung zur Schaffung eines Gemeinderats[1] geführt. Dieser Rat, dessen Mitgliederzahl je nach Gemeindeverfassung schwankt, repräsentiert die Bürgerschaft und ist seiner Art nach das Hauptwillensorgan der Gemeinde, Das Gremium wird im allgemeinen von der Bürgerschaft für eine bestimmte Amtszeit gewählt, es kann jedoch ausnahmsweise auch aus der Summe der die vollen Bürgerrechte besitzenden Einwohner der Gemeinde bestehen[2].

Ein solcher aus sämtlichen Bürgern bestehender Gemeinderat ist notwendigerweise auf kleine Gemeinden beschränkt, bei denen selbst die Anwesenheit sämtlicher vollberechtigter Bürger noch ein

---

1) Der im Rahmen dieser Arbeit mit "Rat" bezeichnete Gemeinderat, Stadtverordnetenversammlung usw. wird üblicherweise in den Gemeindeordnungen"Gemeindevertretung" genannt. Zur Unterscheidung vom Begriff der Vertretung wird im folgenden für das Gremium, durch welche die Bürgerschaft bei der Gemeindeverwaltung repräsentiert wird, die Bezeichnung "Rat" gebraucht.

2) So etwa die Gemeindeversammlung in Baden-Württemberg, bestehend aus den Bürgern "die weder von der Wahlberechtigung ausgeschlossen noch an ihrer Ausübung behindert sind" (vgl. §§ 23 Abs. 3, 65 GO Bad.-Württ.). Eine Gemeindeversammlung ist ferner vorgesehen in Hessen (§§ 9 III, 80 GO), in Niedersachsen (§ 74 GO) und in Schleswig-Holstein (§ 73 GO).

arbeitsfähiges Gremium ergibt[1]. Ob jedoch der Gemeinderat mittelbar aus Wahlen hervorgeht, oder unmittelbar aus der Gesamtheit der Bürger besteht, ist für die grundsätzliche Gestaltung der Willensbildung und Ausführung sowie für die Vertretung der Gemeinde unerheblich.

2. Die Verwaltungsleitung:
Die dem demokratischen Prinzip innewohnende Forderung nach Verwaltung der Gemeinde durch die Bürgerschaft selbst müßte, nur als solche genommen, dazu führen, daß der Gemeinderat sämtliche Aufgaben der Gemeindeverwaltung allein und selbstverantwortlich zu erfüllen hätte. Verlangt das demokratische Prinzip auf der einen Seite die volle Übernahme der Verantwortung durch den Gemeinderat, so muß auf der anderen Seite für eine ausreichende Geschäftsleitung Sorge getragen werden. Gerade die vielseitigen Aufgaben der modernen Gemeindeverwaltung erfordern eine aktive und zielbewußte Leitung durch einen mit entsprechender Sachkenntnis ausgestatteten Verwaltungsapparat. Diese Forderung der Praxis hat dazu geführt, daß neben dem Gemeinderat eines oder mehrere weitere Organe geschaffen wurden, denen Teilfunktionen zur Wahrnehmung kraft eigenen Rechts oder im Auftrag des Gemeinderats übertragen werden. Im allgemeinen handelt es sich darum, daß ein besonderer aus einer oder mehreren Personen bestehender Verwaltungsleiter gebildet wurde, dem teilweise die Willensbildung[2],

---

1) In Baden-Württemberg ist der Gemeinderat in Form der Gemeindeversammlung auf Gemeinden mit nicht mehr als 200, in Hessen und Niedersachsen mit nicht mehr als 100 und in Schleswig-Holstein auf Gemeinden bis zu 70 Einwohner beschränkt. (Vgl. hierzu die Fundstellen Anm. 2, S. 21)

2) Auch die Willensbildung ist übertragen bei "Geschäften der laufenden Verwaltung" und auf dem Gebiete staatlicher Weisungsaufgaben. Vgl. als Beispiel § 44 Abs. 2 und 3 GO Bad.-Württ. und unten § 11, 2.

die Ausführung und die Vertretung in Gemeindeangelegenheiten übertragen ist und dem regelmäßig eine Mehrheit beamteter, angestellter und arbeitsvertraglich gebundener Helfer untersteht.

Die Gesetzgeber haben in Vergangenheit und Gegenwart verschiedene Wege eingeschlagen, um den im Grunde gegensätzlichen Forderungen nach bürgerschaftlicher, aber zugleich auch fachmännischer und leistungsfähiger Verwaltung gerecht zu werden. Die Ausgestaltung der inneren Organisation der Gemeinde reicht dabei von der allumfassenden Zuständigkeit des Gemeinderats im Sinne der historischen süddeutschen Ratsverfassung, bei der der Verwaltungsleiter bei Ausführungs- und Vertretungshandlungen nur "im Namen des Rats" zu handeln befugt war, bis zur Zuständigkeit des Verwaltungsleiters in allen wesentlichen Funktionen, wie nach der DGO von 1935[1]. Innerhalb dieser Extreme bewegen sich die Gesetz gewordenen Gemeindeverfassungen; wobei einmal mehr der Forderung nach einem "Souveränen Rat"[2], einmal mehr der Bedeutung einer sachverständigen, hauptberuflich tätigen Verwaltungsleitung Raum gegeben wird. Die für diesen Zwiespalt im einzelnen gegebenen Lösungsmöglichkeiten sollen im folgenden in Typen[3] zusammengefaßt dargestellt werden. Für die Darstellung des Verhältnisses zwischen Gemeinderat und Verwaltungsleitung sind dabei zwei grundsätzliche Be-

---

1) Das Führerprinzip der DGO hatte zur Folge, daß der Rat auf beratende Tätigkeit beschränkt wurde.

2) Vgl. Entwurf einer deutschen Gemeindeordnung des Deutschen Städtetages vom 17.5.1947, Schriften des Deutschen Städtetages, o.J., S. 13.

3) Hierbei bleiben die Gemeindeverfassungen der Hansestädte Hamburg, Bremen und Bremerhaven sowie die Berlins unberücksichtigt. Die Verfassungen dieser Städte sind zugleich Verfassungen von Ländern und berücksichtigen notwendigerweise mehr die Belange der Landesverwaltung.

trachtungsweisen zu unterscheiden:[1]
Entweder sieht man die Verwaltung als eine ausschließlich im Auftrag des Gemeinderats ausgeführte Tätigkeit an, in diesem Falle ist das Entscheidungsrecht der Verwaltungsleitung kraft Auftrages vom Rat abgeleitet. Oder aber man räumt der Verwaltungsleitung eine echte eigene Zuständigkeit kraft Gesetzes ein und gibt ihr dadurch die Stellung eines unmittelbaren Organs.

3. Die Typen der Gemeindeverfassungen:

A) Die streng monistische Ratsverfassung.
Das kennzeichnende Merkmal dieses Verfassungstyps liegt darin, daß Willensbildung, Ausführung und Vertretung organisatorisch nicht getrennt sind. Die Gemeinde verfügt hier lediglich über ein verfassungsmäßiges, unmittelbares Organ, nämlich den Rat. Er besteht aus den gewählten Vertretern und dem Ratsvorsitzenden. Dem Rate als Gesamtheit steht sowohl die Willensbildung als auch die Ausführung der Beschlüsse und die Vertretung zu. Folgerichtig werden bei diesem Typ der Ratsvorsitzende oder dessen beamtete Helfer, lediglich "im Auftrag des Rats" tätig, soweit ihnen nach Gesetz, Satzung oder in Einzelfällen Aufgaben übertragen sind.

Dieser Verfassungstyp ist in den geltenden Gemeindeordnungen nicht mehr verwirklicht. Historisches Beispiel ist die ehemalige Gemeinde- bzw. Stadtratverfassung in Württemberg und Bayern[2].

---

1) Vgl. Dietmann: Die Neugestaltung des deutschen Gemeindeverfassungsrechts, Tübinger jur. Dis. 1957, S. 62.

2) Vgl. GO Württ. v. 19.3.1930; GO Bayern v. 17.10.1927,

B) Die Ratsverfassung mit besonderem monistischem Ausführungsorgan[1].

Der Rat wird aus den von der Bürgerschaft gewählten Ratsmitgliedern unter Vorsitz eines aus der Mitte des Rats bestellten Vorsitzenden, in Gestalt des Bürgermeisters, gebildet[2]. Neben ihm ist ein Verwaltungsleiter - der Gemeindedirektor - mit beamteten Helfern vorgesehen.

Dieser Verfassungstyp entspricht der streng monistischen Ratsverfassung insoweit, als dem Rate grundsätzlich Willensbildung und Vertretung der Gemeinde zusteht. Im Gegensatz zur echten Ratsverfassung ist jedoch die Zuständigkeit zur Vertretung der Gemeinde auf Grund Gesetzes allgemein auf den Verwaltungsleiter übertragen, soweit nicht der Rat im Einzelfall etwas anderes bestimmt[3].

Aus der zum Wesen der Ratsverfassung gehörenden "gesetzlichen Allzuständigkeit des Rats"[4] folgt, daß der Verwaltungsleiter die Gemeinde, wie bei der streng monistischen Ratsverfassung, "im Namen" bzw. "im Auftrag" des Rats vertritt. Die Zuständigkeit des Verwaltungsleiters ist also abgeleitet[5].

---

1) Vgl. hierzu § 51 Fassung A des Entwurfs einer Deutschen Gemeindeordnung 1947, Schriften des Deutschen Städtetages, S. 25.

2) Vgl. § 27 Abs. 2 GO Nordrh.-Westf. Zu beachten ist bei dieser Bestimmung, daß soweit dem Ratsvorsitzenden "Die Vertretung des Rats" übertragen ist, hiermit lediglich die Repräsentation des Rats, nicht aber die "Vertretung der Gemeinde nach außen" gemeint ist (vgl. hierzu unten § 5).

3) Vgl. § 55 Satz 2 GO Nordrh.-Westf.

4) Vgl.§§ 28, 55 GO Nordrh.-Westf.

5) Zur Frage, ob dem Gemeindedirektor in Nordrhein-Westfalen eine Organstellung zukommt: vgl. Gerhard: GO Nordrh.-Westf. a.a.O. Anm. zu § 28 GO; Köckritz: in "Der Kommunaldienst" 1954/109; Urteil des VerfGH Nordrhein-Westfalen v. 21.8.1954, veröffentlicht bei Odenbreit a.a.O. Anhang G.Wegen der Auswirkungen auf die Folgen von Zuständigkeitsmängeln vgl. unten.S.82.

Abgeleitet ist aber auch die Zuständigkeit des Ratsvorsitzenden (Bürgermeister), soweit der Rat in Einzelfällen dem Gemeindedirektor als dem Verwaltungsleiter das Vertretungsrecht entzieht. Die mittelbare Zuständigkeit des Bürgermeisters ergibt sich daraus, daß er nicht zur "Vertretung der Gemeinde", sondern allein zur "Vertretung des Rats" befugt ist[1].

Als eigentlicher bedeutsamer Unterschied zwischen den Gemeindeverfassungstypen A) und B) bleibt sonach, daß bei der Verfassung mit besonderem Ausführungsorgan der Gemeindedirektor so lange zuständig ist, als nicht der Rat ausdrücklich etwas anderes bestimmt. Demgegenüber muß bei der streng monistischen Ratsverfassung der Rat in jedem Einzelfall einen Gemeindebediensteten als Vertretungsberechtigten bestimmen, will er nicht selbst ausschließlich zuständig bleiben. Im täglichen Verwaltungsleben wirkt sich dieser Unterschied allerdings erheblich aus; wohl ein Grund, warum die dem Prinzip bürgerschaftlicher Selbstverwaltung am nächsten kommende monistische Ratsverfassung im modernen Gemeinderecht nicht mehr zu finden ist.

Die Ratsverfassung mit besonderem Ausführungsorgan ist verwirklicht in der Gemeindeordnung für Nordrhein-Westfalen[2].

---

1) Vgl. § 27 Abs. 2 GO Nordrh.-Westf.

2) Vgl.§§ 27, 47, 55, 56 GO Nordrh.-Westf.

C) Ratsverfassung mit verstärkter Stellung der monistischen Verwaltungsleitung.

Hauptorgan der Gemeinde ist auch hier der Rat unter dem Vorsitz eines von diesem gewählten Ratsvorsitzenden. Dem Rat als Gesamtheit kommt die Willensbildung zu. Der Verwaltungsleiter kann jedoch allgemein oder im Einzelfall vom Rat ermächtigt werden, selbst auf bestimmten Gebieten Entscheidungen zu treffen. Ob hiermit eine eigene oder übertragene Zuständigkeit zur Entscheidung geschaffen wird, ist vom Typ der Gemeindeverfassung her nicht zu beantworten. Die Entscheidung hierüber hängt danach von dem Wortlaut der jeweiligen Gemeindeverfassung ab. Die verstärkte Stellung des Verwaltungsleiters liegt einmal darin, daß ihm auf Teilgebieten ein eigenes, nicht vom Rate abgeleitetes Entscheidungsrecht zusteht, zum anderen in der Zuständigkeit zur Vertretung der Gemeinde. Dem Verwaltungsleiter steht ferner das Recht der Beanstandung von Beschlüssen des Rats zu.

Dieser Verfassungstyp findet sich in der Gemeindeordnung für Schleswig-Holstein[1].

D) Ratsverfassung mit Personalunion zwischen Ratsvorsitzendem und Verwaltungsleiter. (Bürgermeister-Verfassung.)

Dieser Typ einer Gemeindeverfassung unterscheidet sich von dem vorhergehenden (oben C) nicht nur dadurch, daß die Aufgaben des Ratsvorsitzenden und des Verwaltungsleiters organisatorisch in einer Person vereinigt sind.

---

1) Vgl. §§ 27, 33, 49, 50, 56, 57 GO Schlesw.-Holst.

Der wesentliche Unterschied besteht vielmehr darin, daß dem Verwaltungsleiter neben der Pflicht zur Ausführung der Beschlüsse des Rates und dem Beanstandungsrecht, die Vertretung der Gemeinde in nicht abgeleiteter Zuständigkeit übertragen ist[1]. Der Rat ist dementsprechend ganz auf die innerkörperschaftliche Willensbildung beschränkt.

Dieser Verfassungstyp ist verwirklicht in der GO Bad.-Württ.[2], GO Bayern[3], ferner in der Hess. GO[4] (neben der Magistratsverfassung) und der GO Rheinl.-Pfalz[5]. Bei letzterer mit der Eigenart, daß im Gegensatz zur baden-württembergischen und bayrischen Gemeindeordnung der Bürgermeister nicht durch die Bürgerschaft, sondern durch den Rat gewählt wird.

E) Echte Magistratsverfassung.

Hauptorgan der Gemeinde ist der Rat unter dem Vorsitz des Ratsvorsitzenden, ferner der aus mehreren Personen bestehende Magistrat. Der Magistrat besteht aus dem Verwaltungsleiter und den ehrenamtlich oder hauptamtlich tätigen Beigeordneten. Das kenn-

---

1) §§ 42 Abs. 1 Satz 1 GO Bad.-Württ.; 38 Abs. 1 GO Bayern, 79 Abs. 3 Hess. GO, 50 Abs. 1 Satz 1 GO Rheinl.-Pfalz.

2) Vgl. §§ 24, 42 bis 44 GO Bad.-Württ.

3) Vgl. Art. 29, 30, 36, 38 GO Bayern.

4) Vgl. §§ 78 ff Hess. GO. Gemäß § 9 Hess. GO ist grundsätzlich ein kollegialer Verwaltungsleiter vorgesehen. Der hier unter D) beschriebene Typ ist jedoch zugelassen für hessische Gemeinden unter 3000 Einwohnern, soweit die Gemeinden im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Hess. GO am 25.2.1952 durch einen Bürgermeister verwaltet wurden.

5) Vgl. §§ 23, 28, 29, 32, 50 GO Rheinl.-Pfalz.

zeichnende Merkmal der echten Magistratsverfassung liegt in ihrem Charakter als "Zwei-Kammersystem". Die Willensbildung vollzieht sich in zwei Akten. Zu einer gültigen Entscheidung ist der übereinstimmende Beschluß von Rat und Magistrat notwendig. Ausführungsorgan ist allein der Magistrat. Ihm obliegt auch die Vertretung der Gemeinde.

Der Typ der echten Magistratsverfassung wurde in keine der geltenden Gemeindeordnungen übernommen. Er gehört jedoch zu den Vorschlägen im Entwurf einer Deutschen Gemeindeordnung von 1947[1].

F) Unechte Magistratsverfassung.

Die unechte Magistratsverfassung ist ein "Ein-Kammersystem" mit einem kollegial organisierten Durchführungsorgan. Sie unterscheidet sich von der echten Magistratsverfassung dadurch, daß die Willensbildung in der Gemeinde nicht durch übereinstimmenden Beschluß von Rat und Magistrat zustande kommt, sondern daß die grundlegenden Entscheidungen ausschließlich vom Rat getroffen werden. Folgerichtig ist der Magistrat lediglich - allerdings kollegiales - Durchführungsorgan. Darüber hinaus ist der Magistrat zur Vertretung der Gemeinde befugt und steht ihm das Beanstandungsrecht für Beschlüsse des Rats zu.

Die unechte Magistratsverfassung ist vorgesehen für Hessen[2] (neben der Bürgermeisterverfassung[3], Schleswig-Holstein[4] und Niedersachsen[5].

---

1) Vgl. Entwurf einer Deutschen Gemeindeordnung 1947 Schriften des Deutschen Städtetages Fassung D, S. 38 ff.

2) Vgl. §§ 9, 57, 58, 66, 71 Hess. GO

3) Vgl. oben S. 28 Anm. 4

4) Vgl. §§ 60, 61, 70 GO Schlesw.-Holst.

5) Vgl. §§ 44, 49, 50, 62, 63, 71 Nieders. GO.

Die Niedersächsische Gemeindeordnung weicht insoweit von dem hier beschriebenen Typ einer unechten Magistratsverfassung ab, als dort der Magistrat (Verwaltungsausschuß) und der Rat persönlich nicht vollständig getrennt sind. Den Vorsitz des Magistrats führt hier der Ratsvorsitzende[1]. Darüber hinaus ist Personalunion zwischen dem Ratsvorsitzenden und dem Verwaltungsleiter (Gemeindedirektor) möglich[2]. Dieser Unterschied beeinflußt jedoch das zu behandelnde Vertretungsrecht nicht.

---

1) §§ 63, 64 Nieders. GO
2) § 68 Satz 3 Nieders. GO

§ 4 Organschaft und Stellvertretung bei der innerkörperschaftlichen Zuständigkeitsverteilung der Gemeinde.

1. Der Organbegriff

Die Gemeinde als juristische Person bedarf für jede ihrer Handlungen der Mitwirkung von natürlichen Personen. Dies ist letztlich keine Frage des rechtlichen Wesens der Gemeinde, sondern ergibt sich notwendig aus der Tatsache, daß die juristische Person keine physische Rechtsperson ist. Seit der Genossenschaftstheorie Gierkes[1] werden die auf Grund Gesetzes für die juristische Person in Gestalt bestimmter Organträger tätig werdenden natürlichen Personen oder Personenmehrheiten in ihrem Amtsbereich als "Organe" bezeichnet. Der hiervon ausgehende theoretische Streit um das Wesen der juristischen Person[2] bezieht sich darauf, ob die Handlung eines Organs unmittelbar eine Handlung der juristischen Person ist, oder ob sie eine Handlung des für die juristische Person handelnden Menschen bleibt. Völlig unabhängig davon ist es aber, wem das Handeln des Organs zuzurechnen ist[3].

---

1) Vgl. Gierke: Verhandlungen des Deutschen Juristentages 1905, S. 111; derselbe: in "Schmollers Jahrbuch VII", S. 142; derselbe: Deutsches Privatrecht a.a.O. I. Band, S. 497.

2) Vgl. hierzu Jellinek: Allgemeine Staatslehre 3. Auflage, 1929, S. 560 ff; Übersicht über Literatur: Thoma: Handbuch des Deutschen Staatsrechts Band 2, 1932, S. 610, Anm. 13; Kelsen: Hauptprobleme der Staatsrechtslehre 2. Auflage, 1923, S. 523 ff; Bernatzik: Kritische Studien über den Begriff der juristischen Person und der juristischen Persönlichkeit der Behörden im besonderen AöR, Bd. 5, S. 169 ff.

3) Vgl. Helfritz: Die Vertretung der Städte und Landgemeinden a.a.O., S. 31; Bondy: in "Zeitschrift für öffentliches Recht" Bd. 11 (1931, S. 322 ff); Laforet: Deutsches Verwaltungsrecht a.a.O., S. 192; Peters: Lehrbuch der Verwaltung, 1949, S. 109; Bohley: in Bayrischer Bürgermeister, 1953, S. 217 ff; Urteil des Verf. GH Nordrhein-Westfalen v. 21.8.1954 = Verw. Rspr. 7/584 ff.

Über letzte Frage besteht Einigkeit. Die durch Gesetz und Herkommen geschaffene Rechtsinstitution der juristischen Person findet ihren Sinn ja nicht in sich selbst, sondern wird erst sinnvoll als Rechtssubjekt, das echter Partner im Rechtsleben sein kann. Da nun aber die juristische Person nicht identisch ist mit den für sie handelnden natürlichen Personen, müssen notwendigerweise deren Handlungen der juristischen Person zugerechnet werden. M.a.W. es muß die Möglichkeit bestehen, daß die juristische Person durch das Handeln der zur Vertretung berufenen natürlichen Personen oder Personenmehrheiten, berechtigt und verpflichtet wird. Diese nach der Zuständigkeitsordnung der juristischen Person zur Vertretung berufenen Institution werden herkömmlich als Organ bezeichnet[1], weil die Rechtswirkungen ihrer Handlungen unmittelbar für und gegen die juristische Person eintreten. Da die Organe zugleich Teile der juristischen Person sind, werden die Handlungen der Organe der juristischen Person als eigene zugerechnet[2].

Der dogmatischen Sauberkeit wegen sollte man hierbei aber nicht übersehen, daß die Zurechnung einer Handlung nicht aus der Stellung einer natürlichen Person als Organ fließt, sondern daß umgekehrt Gesetz und Herkommen bestimmen, welche Handlungen der juristischen Person zugerechnet werden und welche nicht. Es ist nämlich eine nicht weiter nachweisbare

---

1) Vgl. hiezu Wolff: Theorie der Vertretung a.a.O., S. 104, 224 ff; Nawiasky: Allgemeine Staatslehre a.a.O., S. 111; Becker: Kommunale-Kassenzeitschrift 1957/57 definiert: "Organe sind solche Einrichtungen der juristischen Person, die als Kompetenzkomplex zur Vertretung der organisierten Vielheit berufen sind".

2) Vgl. Wolff wie zuvor S. 283.

Tatsache, daß der nach der Zuständigkeitsordnung Berufene die juristische Person unmittelbar berechtigen und verpflichten kann. Derjenigen Person oder Institution, die eine solche Wirkung entfalten kann, ist, weil diese Wirkungen eintreten, der Name "Organ" beigegeben. Ist also der Bürgermeister, wie etwa nach der GO Bad.-Württ., zum Erlaß von Polizeiverfügungen zuständig und wird er auf polizeilichem Gebiet tätig, so wird die Verfügung dem Staate - und nicht der Gemeinde - zugerechnet. Daher ist der Bürgermeister insoweit auch staatliches - und nicht kommunales - Organ.

Zusammenfassend kann daher gesagt werden:
Organ ist nichts anderes, als eine Bezeichnung für eine Institution[1] innerhalb der juristischen Person, dessen Handlungen und Erklärungen die juristische Person auf Grund Gesetzes oder hoheitlichem innerdienstlichem Übertragungsakt[2] als ihre eigenen zugerechnet werden.[3] Die mit dieser Zuständigkeit

---

1) Wolff, wie zuvor S. 241, spricht hier von einem "normativen Gebilde".

2) Dies in den Fällen der Beauftragung. Vgl. hiezu Kunze-Schmid a.a.O. Erl. I 1 zu § 53 GO Bad.-Württ. und unten S. 42 ff.

3) Hinsichtlich der Bedenken gegen den klassischen Organbegriff vgl. Leibholz: Das Wesen der Repräsentation 1929; insbesondere aber: Forsthoff: Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 8. Auflage, 1961 S. 392 f. Forsthoff hält den Organbegriff für entbehrlich. Er meint, schon aus der "Amtsinstitution als objektiver Wirklichkeit" ergebe sich, daß alles, was in den Zuständigkeitsbereich einer Amtsinstitution gehöre und von ihr ins Werk gesetzt wird, staatliches Werk sei. Damit entfalle die Notwendigkeit, das Handeln eines physischen Funktionsträgers dem Amt und damit der Körperschaft zuzurechnen. Im wesentlichen wird hierdurch jedoch nur der Begriff "Organ" durch den Begriff "Amtsinstitution", der Begriff "Organwalter" oder "Organschaftsträger" durch den Begriff "Funktionsträger" ersetzt. Darüber hinaus verzichtet Forsthoff m.E. ohne zwingenden Grund auf einen Begriff, der - näher bezeichnet - zur Charakterisierung der verschiedenen Vertretungsformen (mittelbares, unmittelbares Organ usw.) dienen kann.

betrauten Personen werden als "Organwalter" oder "Organschaftsträger" bezeichnet[1]. Organ ist also beispielsweise: "Der Bürgermeister der Gemeinde X", Organwalter: "Herr Bürgermeister Müller", der von den Bürgern der Gemeinde X zum Bürgermeister gewählt wurde.

2. Der dogmatische Unterschied zwischen Organschaft und Stellvertretung.

Aus dem oben dargestellten Begriff des Organs ergeben sich schon die wesentlichen Unterschiede zur rechtsgeschäftlichen Stellvertretung. Auf der einen Seite haben beide Vertretungsformen gemeinsam, daß für und gegen ein Rechtssubjekt Rechtswirkungen eintreten, obwohl nicht die Rechtsperson selbst, sondern "jemand anders" für sie gehandelt hat. Während nun aber Handlungen des Organs unmittelbar der juristischen Person als eigene zugerechnet werden, vermittelt bei der rechtsgeschäftlichen Stellvertretung der Vertreter die Rechtswirkungen durch seine Person, ohne daß die Handlungen der juristischen Person als deren eigene anzusehen wären. Der Stellvertreter ist also eine Art "Durchgangsstation". Zwar bestimmt auch § 164 BGB, daß eine Willenserklärung des Vertreters "unmittelbar für und gegen den Vertretenen gilt", das ändert aber nichts daran, daß im Falle der rechtsgeschäftlichen Stellvertretung eine Rechtsperson für eine getrennte andere tätig wird. Daß die Wirkungen der

---

1) Vgl. Wolff wie zuvor S. 104, 224 ff; Becker: Kommunale-Kassenzeitschrift 1957/57; Rasch: "Die Behörde" Verw.Arch.Bd.50, 1959, S. 23. Die Trennung zwischen Organ und Organwalter wird allerdings nicht immer streng durchgeführt. So setzt etwa Nawiasky: Allgemeine Staatslehre a.a.O. S. 111, die beiden Begriffe gleich. Der Klarheit wegen sollte aber auf diese Unterscheidung nicht verzichtet werden.

Vertreterhandlungen den Vertretenen treffen, beruht auf dem (ausdrücklich oder stillschweigend) erklärten Willen der beteiligten Personen, deren Wille das Gesetz als entscheidend anerkennt[1]. Im Gegensatz zur Organschaft wird bei der rechtsgeschäftlichen Stellvertretung nicht eine eigene, sondern eine fremde Handlung zugerechnet. Daß die Zurechnung stattfindet, ist - wie betont - eine Folge ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmungen und erlaubt daher nicht den Schluß, der Vertreter werde "als Teil" des Vertretenen tätig. Vom Standpunkt des die Rechtshandlung setzenden Menschen ist Organhandlung ein Handeln innerhalb des eigenen Rechtskreises der juristischen Person, Stellvertreterhandlung hiergegen eine im fremden Rechtskreis[2]. M.a.W.: bei der organschaftlichen Handlung stehen sich in der Beziehung auf die Körperschaft nicht zwei selbständige, handlungsfähige Personen gegenüber, sondern das Organ ist Teil der Körperschaft[3] und macht diese letztlich erst zur handelnden Rechtsperson. Demgegenüber handelt bei der Stellvertretung eine vom Vertretenen getrennte Rechtsperson und erst durch das positiv

---

1) Vgl. §§ 164 ff BGB. Die Folge, daß einem Rechtssubjekt eine fremde Handlung zugerechnet wird, ergibt sich unmittelbar aus der Repräsentationstheorie des BGB. Vgl. hierzu statt vieler Enneccerus-Nipperdey: Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts a.a.O. § 182.

2) Wolff: Organschaft und juristische Person a.a.O., S. 281 führt hierzu aus: "Die juristische Person ist Vertretene nur unter dem Gesichtspunkt ihrer rechtstechnischen Einheit, d.h., als Organisation der zwischen den Beteiligten bestehenden Beziehungen zur Wahrnehmung von Aufgaben. Dieser Organisation gehören aber sowohl die Mitglieder als die Organe selbst an." Vgl. ferner Wolff wie zuvor S. 281 ff und Bondey: in "Zeitschrift für öffentliches Recht", Bd. 11 (1931, S. 322 ff).

3) Vgl. Kunze - Schmid a.a.O., Erl. I 4 zu § 42 GO.

gesetzte Recht wirkt sich das fremde Handeln auf den Vertretenen aus.

Am Beispiel gezeigt bedeutet dies:
Kauft ein Bürgermeister ein Grundstück, so erwirbt die Gemeinde durch den Bürgermeister, weil ihr dessen Handlung als eigene zugerechnet wird. Beauftragt der Bürgermeister einen Grundstücksmakler zum Kauf, so erwirbt zwar die Gemeinde ebenfalls unmittelbar, nicht aber weil die Handlung des Bevollmächtigten als eigene Handlung der Gemeinde gilt, sondern weil die fremde Vertreterhandlung auf Grund Gesetzes die Gemeinde bindet.

3. Die unmittelbaren Organe.

Die Gesetzgeber sämtlicher Gemeindeordnungen haben sich dazu entschlossen, eine einzelne Amtsperson oder eine aus mehreren Personen zusammengesetzte Institution der Gemeindeverwaltung mit der Vertretung der Gemeinde zu betrauen. In Baden-Württemberg[1], Bayern[2], Rheinland-Pfalz[3] und wahlweise in Hessen[4] und Schleswig-Holstein[5] ist Hauptvertretungsorgan der Bürgermeister, in Niedersachsen der Verwaltungsausschuß[6], in Nordrhein-Westfalen der Rat[7], in Hessen[8] und Schleswig-Holstein[9] der Magistrat (soweit nicht die Bürgermeisterverfassung eingeführt ist).

---

1) § 42 GO
2) Art. 38 GO
3) § 50 Abs. 1 GO
4) § 79 Abs. 3 GO
5) §§ 50, 57 GO
6) § 62 Abs. 1 GO
7) § 55 GO. Diese Vertretung gilt im allgemeinen als auf den Gemeindedirektor übertragen.
8) § 71 GO
9) § 61 GO

In den Gemeindeordnungen wird das Recht der Vertretung jeweils mit dem einfachen Satz auf die betreffende Institution übertragen: "Der Bürgermeister (Magistrat, Verwaltungsausschuß, Rat) vertritt die Gemeinde". Aus diesem Wortlaut des Gesetzes ist zu folgern, daß die übertragene Macht zur "Vertretung der Gemeinde" unbeschränkt und unmittelbar der betrauten Institution übertragen ist, nachdem eine ausdrückliche gesetzliche Einschränkung fehlt[1]. Nach dem oben[2] gefundenen Organbegriff kann kein Zweifel bestehen, daß die nach den Gemeindeordnungen grundsätzlich und in erster Linie zur Vertretung Zuständigen (Bürgermeister, Magistrat, Verwaltungsausschuß, Rat) den Charakter von Organen haben.

Da sich deren Befugnis, die Gemeinde unmittelbar zu berechtigen und zu verpflichten, direkt aus dem Gesetz ergibt, werden diese Organe üblicherweise als "unmittelbare Organe" bezeichnet[3]. Unmittelbar sind diese Organe auch insofern, als das Gesetz die "Vertretung der Gemeinde" bei den Hauptvertretungsorganen konzentriert, ohne daß es hierzu eines weiteren Übertragungsaktes bedürfte. Aus der Konzentration der Organmacht auf die genannten Hauptvertretungsorgane folgt zugleich, daß sämtliche übrigen Zuständigkeiten zur Vertretung der Gemeinde[4] von deren Organmacht abgeleitet sind.

---

1) Vgl. Göbel- Fröhner: a.a.O. Anm. 2 zu § 42 GO; Kunze - Schmid: a.a.O. Erl. I zu § 42 GO; Muntzke - Schlempp: a.a.O. Anm. 1 zu Art. 38 GO; Lindemann: Erl. zu § 62 GO; Salzmann - Schunck: Erl. 1 zu § 50 GO; Sommer: a.a.O. S. 5 ff.

2) Vgl. § 4 1).

3) Vgl. hiezu Schlempp: Die Gemeinden im Rechtsverkehr a.a.O., S. 17; Schönborn: Das Ober-Aufsichtsrecht des Staates im modernen Staatsrecht, 1906, S. 36; Überschrift zu § 7 im amtlichen Wortlaut der GO Schlesw.-Holst. und die oben in Anm. 1 zitierte Literatur.

4) Wegen des Umfangs der darunter zu verstehenden Tätigkeiten vgl. nachstehend 4.

4. Die mittelbaren Organe:

a) Die Beigeordneten:

Der Umfang des modernen Verwaltungslebens macht es unmöglich, daß sämtliche Aufgaben, bei denen die Gemeinde nach außen tätig werden muß, durch das Hauptvertretungsorgan erledigt werden. Dem tragen sämtliche Gemeindeordnungen dadurch Rechnung, daß sie für die Vertretung der Gemeinde nach außen weitere Institutionen vorsehen. Innerhalb dieser kommt den sogenannten "Beigeordneten" insofern eine besondere Bedeutung zu, als ihre Zuständigkeit zum Handeln für die Gemeinde direkt in der Gemeindeverfassung geregelt ist[1]. Es handelt sich teils um hauptamtlich, teils um ehrenamtlich bestellte Beamte der Gemeinde[2], die entweder neben oder ersatzweise für das Hauptvertretungsorgan die Gemeinde zu vertreten haben.

Der sogenannte "1. Beigeordnete" ist der wichtigste Beamte neben dem Hauptvertretungsorgan, der ständig und neben diesem zur Vertretung der Gemeinde berufen ist[3]. Für den Außenstehenden ist es völlig gleichgültig, ob das Hauptvertretungsorgan selbst oder ob der 1. Beigeordnete handelt. Die übrigen

---

1) Vgl. § 49 Abs. 3 und 4 GO Bad.-Württ.; Art. 39 Abs. 1 GO Bayern; §§ 47 Abs. 1, 70, 79 Abs. 3 Hess. GO; § 65 Abs. 2 Nieders. GO; § 51 Abs. 1 und 2 GO Nordrh.-Westf.; § 41 Abs. 2 GO Rheinl.-Pfalz; §§ 52, 71 GO Schlesw.-Holst.

2) Vgl. § 49 GO Bad.-Württ.; § 39 Hess. GO; § 49 GO Nordrh.-Westf.; § 43 GO Rheinl.-Pfalz.

3) Vgl. § 49 Abs. 3 und 4 GO Bad.-Württ.; §§ 47 Abs. 1 Satz 1, 70, 79 Abs. 3 Satz 1 Hess. GO; § 71 Abs. 3 Nieders. GO; § 51 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 GO Nordrh.-Westf.; § 41 Abs. 2 Satz 1 GO Rheinl.-Pfalz; § 71 Abs. 2 GO Schlesw.-Holst.

Beigeordneten sind darauf beschränkt, im Falle der Verhinderung des Hauptvertretungsorgans tätig zu werden. Die Reihenfolge der ersatzweise zuständigen Beigeordneten bestimmt der Rat[1] bzw. das Hauptvertretungsorgan[2].

Die Verhinderung des Hauptvertretungsorgans, die zur Zuständigkeit der übrigen Beigeordneten führt, kann sowohl rechtlich wie tatsächlich begründet sein. Eine rechtliche Verhinderung des Hauptvertretungsorgans liegt z.B. vor, wenn diesem wegen persönlicher Beteiligung (Interessenkollision) die Mitwirkung bei einer bestimmten Aufgabe untersagt ist[3]. Eine tatsächliche Verhinderung des Hauptvertretungsorgans kann dadurch entstehen, daß sich etwa der Bürgermeister in Urlaub befindet, oder daß dieser erkrankt ist.

Obwohl die Reihenfolge der übrigen Beigeordneten durch den Rat oder den Gemeindevorstand festzulegen ist, können sich hinsichtlich der Zuständigkeit in der Praxis mannigfache Schwierigkeiten ergeben. Es wird sich daher stets empfehlen, daß ein Beigeordneter, der nicht allgemein neben dem Hauptvertretungsorgan zuständig ist, bei seiner Tätigkeit aktenkundig macht, aus welchen Gründen er sich zur Vertretung der Gemeinde berufen fühlt[4].

Nachdem die Zuständigkeit der Beigeordneten innerhalb der ihnen zugeteilten Aufgabenkreise auf der Gemeindeverfassung beruht, kommt diesen eindeutig eine Organstellung zu. Man könnte allenfalls

---

1) Vgl. § 49 Abs. 4 Satz 3 GO Bad.-Württ.; Art. 39 Abs. 1 Satz 2 GO Bayern; § 51 Abs. 1 Satz 3 GO Nordrh.-Westf.; § 41 Abs. 2 Satz 3 GO Rheinl.-Pfalz; § 52 GO Schlesw.-Holst.

2) Dieser allerdings nur in Hessen, vgl. §§ 47 Abs. 1 Satz 3, 65 Abs. 2 Hess.GO.

3) Man denke hier an den Fall, daß die Gemeinde ein Grundstück des Bürgermeisters zu erwerben gedenkt.

4) Vgl. hierzu Schlempp: Die Gemeinde im Rechtsverkehr a.a.O. S. 23.

fragen, ob ihre Organstellung nicht eine unmittelbare ist, da ihre Zuständigkeit auf dem Gesetz beruht. Tatsächlich werden auch die Beigeordneten - insbesondere soweit sie allgemein neben dem Hauptvertretungsorgan zuständig sind - teilweise als "unmittelbare Organ" bezeichnet[1]. Hierbei wird jedoch übersehen, daß nach der Gesetzessprache die Beigeordneten "in Stellvertretung" des Hauptvertretungsorgans tätig werden[2]. Diese "Stellvertretung" kann aber nichts anderes bedeuten, als daß der Beigeordnete seine Organmacht von der des Hauptvertretungsorgans ableitet[3]. Daraus muß geschlossen werden, daß die Beigeordneten mittelbare Organe sind, obwohl letztlich auch ihre Organmacht auf dem Gesetz beruht und ihnen das Hauptvertretungsorgan die Zuständigkeit zur Vertretung nicht entziehen kann.

Der Begriff des "Stellvertreters", den die Gemeindeverfassungen für die Beigeordneten wählen, ist im übrigen insofern mißlich, als der Beigeordnete mit dem rechtsgeschäftlich Bevollmächtigten des BGB nichts zu tun hat[4]. Es handelt sich hier um das völlig anders gelagerte "Einrücken" in den Zuständigkeitsbereich des Hauptvertretungsorgans; und zwar entweder "neben" diesem (im Falle des 1. Beigeordneten), oder "ersatzweise", wenn das Hauptvertretungsorgan verhindert ist (im Falle der übrigen Beigeordneten).

---

1) So etwa Kunze - Schmid: a.a.O. Erl. III zu § 49 GO; Muntzke - Schlempp: a.a.O. Erl. 1 zu § 47 GO.

2) Vgl. § 49 Abs. 3 und 4 GO Bad.-Württ.; § 71 Abs. 3 Niers. GO; § 51 Abs. 1 GO Nordrh.-Westf.; § 41 Abs. 2 GO Rheinl.-Pfalz; § 71 Abs. 2 GO Schlesw.-Holst.

3) Vgl. Göbel: a.a.O. Erl. 4 zu § 49 GO; Kunze - Schmid: a.a.O. Erl. III 2 a zu § 49 GO.

4) In diesem Sinne mißverständlich Schlempp: Die Gemeinden im Rechtsverkehr a.a.O. S. 21 ff.

Richtiger würde man daher - wie ich es nennen möchte - beim 1. Beigeordneten von einer "Nebenzuständigkeit", bei den übrigen Beigeordneten von einer "Ersatzzuständigkeit" reden[1]. In beiden Fällen handelt es sich nach der Definition von Triepel um eine durch Gesetz auf den Beigeordneten übertragene Zuständigkeit in Form des Mandats[2]. Mandat deswegen, weil Neben- wie Ersatzzuständigkeit die grundsätzliche Zuständigkeitsregelung unberührt läßt und durch sie Aufgaben zur Wahrnehmung "in eigenem Namen" übertragen wird. Um hier von einer Delegation zu reden, wäre notwendig, daß die Verschiebung der Zuständigkeit vom Hauptvertretungsorgan auf den Beigeordneten einen Zuständigkeitsverlust beim Ersteren nach sich zieht[3]. Nun verliert aber das Hauptvertretungsorgan durch Bestellung und Tätigkeit der Beigeordneten nicht das kleinste Stück seiner Organmacht, und zwar auch nicht im Falle der Verhinderung des Hauptvertretungsorgans. Auch wenn beispielsweise der Bürgermeister durch Krankheit verhindert ist, eine Aufgabe durchzuführen, bleibt er unmittelbar zuständig, es ist ihm nur nicht möglich, seine Zuständigkeit wahr-

---

1) Es kommt hier selbstverständlich auf die jeweilige Sicht an. Soweit es sich gegebenenfalls darum handelt, die Beziehung des Hauptvertretungsorgans zum Beigeordneten zu bezeichnen, ist nichts dagegen einzuwenden, wenn der Beigeordnete als Vertreter (im Sinne einer Untervertretung) etwa des Bürgermeisters bezeichnet wird. Im Hinblick auf das hier interessierende Verhältnis zwischen Gemeinde und Beigeordneten, sollte jedoch der Begriff des "Vertreters" wegen der Gefahr dogmatischer Verwechslung mit dem rechtsgeschäftlich Bevollmächtigten vermieden werden.

2) Wegen des grundsätzlichen Unterschieds von Mandat und Delegation vgl.: Triepel a.a.O., S. 12, 23, 26 ff.

3) Vgl. Triepel wie zuvor S. 26.

zunehmen. Triepel[1] weist richtigerweise darauf hin, daß es verfehlt sei "die Zuweisung einer Funktion" als "Delegation" zu bezeichnen.

Daß die hier vertretene Meinung den Vorstellungen des Gesetzgebers entspricht, ergibt sich unter anderem auch daraus, daß die Gemeindeordnungen davon ausgehen, der Beigeordnete handle "im Auftrag", bzw. "in Vertretung" des Hauptvertretungsorgans. Daraus wird deutlich, daß den Beigeordneten die Zuständigkeit zur Vertretung der Gemeinde nicht zur Wahrnehmung "in eigenem Namen" übertragen ist, wie dies die Delegation erfordern würde[2].

Dem Begriff des Mandats widerspricht es auch nicht, daß die Organmacht der Beigeordneten nicht entziehbar ist, soweit es sich um Neben- oder Ersatzzuständigkeiten in oben beschriebenem Sinne[3] handelt[4].

b) Der Beauftragte:

Vor allem in größeren Gemeinden sind weder das Hauptvertretungsorgan noch die Beigeordneten in der Lage, sämtliche Aufgaben selbst zu erfüllen, bei denen die Gemeinde nach außen in Erscheinung tritt. Die Praxis zwingt dazu, daß innerhalb der Kommunalverwaltung Aufgaben auf Beamte und Angestellte der Gemeinde zu eigenständiger Bearbeitung

---

1) Wie zuvor S. 61

2) Vgl. Triepel wie zuvor S. 26.

3) Vgl. oben S. 41

4) Vgl. Kunze - Schmid a.a.O. Erl. III zu § 49 GO.

übertragen werden können[1]. Hiervon gehen die meisten Gemeindeordnungen ausdrücklich aus[2].

Besonders zu beachten ist bei der Beauftragung, daß die Übertragung eines Aufgabenkreises allein nicht auch schon ohne weiteres die Ermächtigung enthält, mit unmittelbarer Wirkung für die Gemeinde nach außen tätig zu werden. Die Zuständigkeit zur Vertretung der Gemeinde nach außen muß vielmehr vom Hauptvertretungsorgan ausdrücklich übertragen werden[3].

Üblicherweise werden die mit einem Aufgabengebiet oder einer Einzelaufgabe betrauten Gemeindebeamten als "Vertreter kraft dienstlichen Auftrages" bezeichnet[4].

Die Zuständigkeit der Beauftragten zur Vertretung der Gemeinde wird beschränkt durch den Umfang der ihnen ausdrücklich erteilten Ermächtigung. Die Ermächtigung selbst ist jederzeit widerruflich[5].

Die Kommentatoren der Gemeindeordnungen gehen nun - soweit sie überhaupt hierzu Stellung nehmen - davon aus, den Beauftragten komme nicht

---

1) Ausdrücklich beauftragt müssen auch Beigeordnete werden, soweit nicht das Hauptvertretungsorgan verhindert ist; selbstverständlich mit Ausnahme des 1. Beigeordneten, der auf Grund Gesetzes ständig und allgemein neben dem Hauptvertretungsorgan zuständig ist.

2) § 53 Abs. 1 GO Bad.-Württ.; Art. 39 Abs. 2 GO Bayern; §§ 71, 79 Hess. GO; § 68 Nieders. GO; § 49 Abs. 2 GO Rheinl.-Pfalz; § 71 GO Schlesw.-Holst.; § 51 Abs. 3 GO Nordrh.-Westf.

3) Vgl. Kunze - Schmid a.a.O. Erl. I zu § 53 GO.

4) Schlempp: Die Gemeinden im Rechtsverkehr a.a.O., S.32; derselbe: Gemeindetag 1936, S. 51 f; Göbel a.a.O. Anm. 2 zu § 53; Helmreich - Widtmann a.a.O. Anm. 4 zu Art. 39 GO; Muntzke - Schlempp a.a.O. Anm. VII 3 zu § 71 GO.

5) Vgl. Göbel wie zuvor; Helmreich - Widtmann wie zuvor.

der Charakter von Organen zu[1]. Die Rechtsstellung des Beauftragten soll deswegen nicht mit einem Organ vergleichbar sein, weil dessen Zuständigkeit nicht unmittelbar auf dem Gesetz beruhe. Diese Begründung ist nicht stichhaltig:

aa) Nicht genügend berücksichtigt wird das rechtliche Verhältnis zwischen Beauftragtem und Auftraggeber (Hauptvertretungsorgan). Bei dem Auftrag handelt es sich in gleicher Weise, wie bei der gesetzlichen Zuständigkeitsübertragung auf die Beigeordneten, darum, daß das Hauptvertretungsorgan die Ausübung seiner Organmacht auf eine andere Person überträgt. Das Hauptvertretungsorgan verliert jedoch dadurch nicht die eigene Zuständigkeit. Wird also die Zuständigkeit des Hauptvertretungsorgans auf den Beauftragten übertragen, so erhält der Beauftragte einen Teil der Zuständigkeit des Hauptvertretungsorgans. Konkret gesprochen, besitzt das Hauptvertretungsorgan Organmacht und überträgt es diese - zur Ausübung für spezielle Aufgaben - so muß der Beauftragte das erhalten, was das Hauptvertretungsorgan abgibt, nämlich Organmacht.

bb) Nach dem oben entwickelten Organbegriff[2], der dem von der Rechtssprechung und Literatur entwickelten Begriff weitgehend entspricht, hat Organhandeln zur Folge, daß dieses der Gemeinde als eigene Handlung zugerechnet wird. Es wird nun aber

---

1) Schlempp: Gemeindetag 1936, S. 52; Kunze - Schmid a.a.O. Anm. I 4 zu § 42 GO;
Die noch weiter gehende Meinung von Surén - Loschel - der (Erl. 4 zu § 35 DGO), der Beauftragte sei lediglich "gewillkürter Vertreter des Bürgermeisters", beruht auf der nicht vergleichbaren Rechtsstellung des Bürgermeisters nach dem Führerprinzip der DGO. Diesen Ausdruck übernimmt Kunze - Schmid ohne weitere Begründung für das völlig andersartige Gemeinderecht in Bad.-Württ. (vgl. Kunze - Schmid a.a.O. Erl. I 1 zu § 53 GO).

2) Vgl. § 4 Ziff. 1.

auch von denjenigen Schriftstellern[1], die dem Beauftragten eine Organstellung absprechen, nicht bestritten, daß eine solche direkte Zurechnung auch beim Handeln der Beauftragten stattfindet. Diese Zurechnung trifft aber genau den Kern dessen, was die organschaftliche Vertretung auszeichnet. Auch vom Ergebnis her ist es daher gerechtfertigt, das Handeln der Beauftragten als das von Organen anzusehen.

cc) Fraglich könnte die Organqualität der Beauftragten nur werden, wenn der Übertragungsakt als solcher geeignet wäre, den Inhalt der übertragenen Zuständigkeit zu verändern[2]. Dies ist m.E. nicht der Fall. Man bedenke, daß auch die Zuständigkeit des Beauftragten letztlich auf dem Gesetz beruht, und daß auch Hauptvertretungsorgane und Beigeordnete gewählt und für ihr Amt bestellt werden müssen. Wenn nun auch die Amtsübertragung an einen Bürgermeister und der Auftrag an einen Gemeindebediensteten, eine bestimmte Aufgabe zu erfüllen, nicht dasselbe ist, so enthält beides als Kern die Ermächtigung zum Handeln für die Gemeinde. Jedenfalls ist kein zwingender Grund ersichtlich, warum sich das rechtliche Verhältnis zwischen Gemeinde und dem für diese Handelnden ändern soll, wenn ein besonderer Übertragungsakt hinzutritt.

dd) Auch daß dem Beauftragten jederzeit durch Widerruf die Zuständigkeit wieder entzogen werden kann, spricht nicht gegen eine Organstellung. Auch der Beigeordnete ist an die Weisung des Hauptvertretungsorgans gebunden, ohne daß sich dadurch an

---

1) Vgl. oben S. 44 Anm. 1

2) So Obermeyer: JZ 56/617; Mangels: JZ 57/161

dessen Organstellung etwas ändern würde[1]. Endlich sollte nicht außer Betracht bleiben, daß auch das Hauptvertretungsorgan nicht ungebunden ist. Wenn auch das Hauptvertretungsorgan im eigentlichen Sinne nicht "weisungsgebunden" ist - die staatliche, weisungsgebundene Tätigkeit der Gemeinde soll hier einmal außer Betracht bleiben - so ist es doch an die vom Rat gefaßten Beschlüsse gebunden. In beiden Fällen hat also der Zuständige die Pflicht, die Meinung eines anderen Organs zu beachten. Wenn aber schon ein Verstoß gegen die genau festgelegten Regeln der innerkörperschaftlichen Willensbildung die Organstellung des Hauptvertretungsorgans nicht beeinträchtigen kann, so besteht kein zwingender Grund, dem Beauftragten nur deswegen eine Organstellung abzusprechen, weil er weisungsgebunden ist.

ee) Die gegenteilige Meinung mag darauf beruhen, daß es auch Zuständigkeitsübertragungen kraft dienstlichen Auftrages gibt, die nicht zu einer organschaftlichen Vertretung führen. Es ist z.B. denkbar, daß ein Gemeindebeamter nur mit dem Vollzug eines Gemeinderatsbeschlusses bzw. eines Willensaktes des Hauptvertretungsorgans beauftragt wird. Man denke etwa an den Fall, daß der Bürgermeister den Leiter des Liegenschaftsamtes beauftragt, den vom Gemeinderat beschlossenen Verkauf eines Grundstücks durchzuführen. Hier wird der Beauftragte lediglich als Vertreter für ein spezielles Geschäft tätig. In Wirklichkeit handelt es sich dabei gar nicht um die Übertragung einer Zuständigkeit, weil der eng umgrenzte Auftrag eine eigene Willensbetätigung des Beauftragten ausschließt.

---

1) Der erkrankte Bürgermeister kann etwa dem für ihn ersatzweise tätigen Beigeordneten bestimmte Weisungen erteilen, denen dieser nachzukommen hat.

An welchen Personenkreis Zuständigkeiten kraft dienstlichen Auftrags übertragen werden können, ist in den einzelnen Gemeindeordnungen verschieden geregelt[1]. So beschränkt etwa die Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern[2] die Übertragung von Zuständigkeiten auf Grund dienstlichen Auftrages auf die Beigeordneten und läßt im übrigen die Beauftragung von Gemeindebediensteten nur für Angelegenheiten der laufenden Verwaltung zu. Allgemein kann lediglich festgestellt werden, daß mangels einer entgegenstehenden gesetzlichen Vorschrift die Übertragung eines Geschäftskreises die Zuständigkeit zur Weiterübertragung von einzelnen Aufgaben enthält; daß andererseits ohne ausdrückliche Ermächtigung die gesamte übertragene Zuständigkeit nicht weiter übertragen werden kann[3].

5. Die rechtsgeschäftlich Bevollmächtigten:

a) Die Körperschaft als Vollmachtgeber:

Als einzige Gemeindeordnung hat die GO Bad.-Württ. ausdrücklich die Regelung aufgenommen, daß auch einer Person, die nicht in den Diensten der Gemeinde steht, Vollmacht zur Besorgung einzelner Angelegenheiten erteilt werden kann[4]. Die übrigen Gemeindeordnungen sehen lediglich vor, daß es bei Verpflichtungserklärungen genügt, wenn der handelnde Gemeindebedienstete eine dem Formerfordernis entsprechende Vollmacht besitzt[5]. Dies bedeutet jedoch nicht, daß eine echte rechtsgeschäftliche Vollmacht außerhalb des Geltungsbereichs der GO Bad.-Württ. unmöglich wäre.

---

1) Vgl. S. 43 Anm. 2.

2) Art. 39 GO Bayern.

3) Vgl. Obermeyer: JZ 56 S. 617; Mangels: JZ 57 S.161

4) § 53 Abs. 2 GO Bad.-Württ.

5) Art. 38 Abs. 2 GO Bayern; § 71 Abs. 2 Hess. GO; § 56 Abs. 4 GO Nordrh.-Westf.; § 49 Abs. 2 GO Rheinl.-Pfalz; § 71 Abs. 2 GO Schlesw.-Holst.

Die Gemeinde ist als Körperschaft vollwertiges Rechtssubjekt. Als solches muß sie, wie jede andere Rechtsperson auch, die Möglichkeit haben, sich im Rahmen des bürgerlichen Rechts durch Vollmachtserteilung im Sinne der §§ 164 ff BGB vertreten zu lassen. Führt etwa die Gemeinde einen Zivilrechtsstreit vor dem Landgericht, so muß sie entsprechend dem Anwaltszwang des Zivilprozeßrechts einen Anwalt mit der Prozeßführung beauftragen. In diesem Fall wird zwischen Gemeinde und Anwalt ein Geschäftsbesorgungsvertrag im Sinne der §§ 675 ff BGB abgeschlossen, und der Anwalt wird hierdurch berechtigt, innerhalb der Prozeßvollmacht für die Gemeinde "als Stellvertreter" zu handeln. Unter Umständen kann sich für die Gemeinde auch die Notwendigkeit ergeben, den Verkauf eines Grundstücks durch einen Grundstücksmakler vermitteln zu lassen. Wird der Makler nicht nur mit Vermittlung des Geschäftspartners betraut, sondern erteilt ihm die Gemeinde notarielle Vollmacht, so wird auch dieser als echter "Stellvertreter" der Gemeinde tätig.

Aus den geschilderten, aus dem täglichen Leben der Gemeinde gegriffenen Beispielen muß geschlossen werden, daß das Institut der rechtsgeschäftlichen Vollmacht auch der öffentlich-rechtlichen Körperschaft zur Verfügung steht. Dies war auch schon im früheren Gemeinderecht anerkannt[1].

b) Der sachliche Umfang der Vollmacht:

Umstritten ist, für welche Gebiete das Hauptvertretungsorgan der Gemeinde rechtsgeschäftliche Vollmacht erteilen kann. Teils wird die Meinung vertreten, rechtsgeschäftliche Vollmacht könne für alle Handlungen der Gemeinde erteilt werden, die nicht

---

1) Vgl. RGZ 123/360; 139/58; 146/47.

von Beamten wahrgenommen werden müssen[1]; teils soll die rechtsgeschäftliche Vollmacht auf Handlungen des Bürgerlichen Rechts beschränkt sein[2]. Es wird sogar gefordert, rechtsgeschäftliche Vollmacht für sämtliche Aufgaben der Gemeinde unumschränkt zuzulassen[3].

Dazu ist folgendes zu sagen: Soweit es sich um die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben, insbesondere um die Ausübung hoheitlicher Befugnisse handelt, ist eine Zuständigkeitsübertragung nur in Form einer Delegation oder eines Mandats möglich[4]. Eine Übertragung hoheitlicher Aufgaben setzt jedoch voraus, daß das Gesetz - hier die Gemeindeordnung - eine solche ausdrücklich vorsieht. Die Möglichkeit hoheitliche Aufgaben auf eine außerhalb der Gemeinde stehende Person zu übertragen (diese zu "beleihen"), ist in keiner Gemeindeverfassung vorgesehen. Die Gemeindeordnungen gehen dementsprechend davon aus, daß hoheitliche Aufgaben stets von der Gemeinde selbst durch ihre Organe zu erfüllen sind.

Andererseits ist die Meinung, Stellvertretung sei nur auf dem Gebiete fiskalischer Tätigkeit möglich[5], zu eng. Dies läßt sich am besten am Beispiel einer Konzessionserteilung für ein öffentliches Versorgungsunternehmen - etwa eine Straßenbahngesellschaft - verdeutlichen. Die Konzessionserteilung erfolgt in zwei voneinander getrennten Vorgängen. Einmal schließt die Gemeinde mit dem Versorgungsunternehmen einen Konzessionsvertrag ab. Mit diesem erlaubt die Gemeinde als Eigentümerin, dem Versor-

---

1) Göbel a.a.O. Anm. 6 zu § 53 GO.

2) Vgl. Kunze - Schmid a.a.O. Erl. II 1 zu § 53 GO; Helmreich - Widtmann a.a.O. Erl. 5 zu Art. 39 GO.

3) Vgl. Muntzke - Schlempp a.a.O. Erl. I 2 zu § 71 GO.

4) Vgl. Triepel a.a.O. S. 23; Huber: Wirtschaftsverwaltungsrecht 1. Bd., 2. Auflage, 1953, S. 534.

5) Vgl. oben Anm. 2

gungsunternehmen auf der Straßenfläche ihre Einrichtungen (Gleise, Masten usw.) anzubringen[1]. Der Konzessionsvertrag allein genügt aber nicht, um das für das Versorgungsunternehmen notwendige Wegesondernutzungsrecht zu begründen. Außerdem bedarf es nämlich einer besonderen "Verleihung" der Wegekonzession durch die Wegeaufsichtsbehörde. Wenn die Wegeaufsichtsbehörde ebenfalls die Gemeinde ist, kommt zu dem abgeschlossenen Konzessionsvertrag ein weiterer einseitiger hoheitlicher Akt der Gemeinde hinzu.

Soweit die Gemeinde als gleichgestellter Partner den Konzessionsvertrag abschließt, ist die Zulassung einer echten Stellvertretung unbedenklich, obwohl der Konzessionsvertrag dem öffentlichen Recht angehört. Dagegen widerspricht es dem Sinne hoheitlicher Aufgabenerfüllung, auch die Erteilung des Wegesondernutzungsrechts, als hoheitlichem Akt, einem Außenstehenden zu übertragen. Grundsätzlich wird man daher davon auszugehen haben, daß sich die Gemeinde insoweit eines echten Stellvertreters bedienen kann, als sie als gleichgestellter Partner auftritt und nicht über hoheitliche Rechte verfügt[2].

Aus der der Allgemeinheit verantwortlichen Tätigkeit der Gemeinde muß endlich gefolgt werden, daß der Gemeinde bzw. dessen Organen, nur erlaubt ist "für einzelne Angelegenheiten" rechtsgeschäftliche Vollmacht zu erteilen[3]. Eine gleichwohl er-

---

1) Vgl. statt vieler: Huber, wie zuvor, S. 44

2) Damit scheiden öffentlich-rechtliche Verträge aus, die sich auf hoheitlich verwaltete Gebiete beziehen. Das beste Beispiel hierfür ist der Eingemeindungsvertrag zwischen zwei Gemeinden.

3) So ausdrücklich § 53 Abs. 1 GO Bad.-Württ.

teilte Generalvollmacht ist nichtig[1]; dagegen dürften Gattungsvollmachten noch zu den Vollmachten "für einzelne Angelegenheiten" gezählt werden[2].

c) Rechtsfolgen:

Die Rechtsfolgen einer rechtsgeschäftlichen Bevollmächtigung richten sich ganz und ausschließlich nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts; insbesondere also nach den §§ 164 ff BGB.

---

1) Vgl. KG in JW 36/3136.

2) Vgl. Kunze - Schmid a.a.O. Erl. II 3 zu § 53 GO; Erster Runderlaß zu § 53 Nr. 2 GO Bad.-Württ.; Schlempp: Die Gemeinde im Rechtsverkehr a.a.O. S. 40 (für das Recht der DGO).

§ 5 Begriff und Gegenstand der "Vertretung nach außen" im gemeinderechtlichen Sinne.

1. Der Begriff der Vertretung im allgemeinen:

Der Sprachgebrauch verwendet den Ausdruck "Vertretung" und "Vertreter" in den verschiedensten, untechnischen Bedeutungen, so daß durch ihn der Rechtsbegriff der Vertretung nicht klar bestimmbar ist. Man spricht etwa vom "Vertreter der herrschenden Meinung", vom "Urlaubsvertreter" und vom Handelsvertreter"; es gibt den Begriff der "vertretbaren Sachen" (§ 91 BGB).
Auch in der gemeinderechtlichen Literatur wird der Vertretungsbegriff mit verschiedenem Sinngehalt verwendet und zwar bis hinein in die Gesetzessprache. So verwenden die meisten Gemeindeordnungen den Begriff auch im kommunalpolitischen Sinne zur Umschreibung des Aufgabenbereichs, der dem Beschlußorgan zukommen soll. Es bezeichnen etwa die Gemeindeordnungen von Baden-Württemberg[1], Bayern[2], Nordrhein-Westfalen[3] den Rat als "Vertretung" der Gemeindebürger. Im gleichen Sinne verwendet die Gemeindeordnung für Hessen[4], Rheinland-Pfalz[5] und Schleswig-Holstein[6] für das Beschlußorgan den Begriff "Gemeindevertretung". In all diesen Fällen ist der Begriff der Vertretung i.S. der politischen Repräsentation[7] gebraucht und drückt lediglich aus, daß dem gewählten Beschlußorgan nach den Prinzipien mittelbarer Demokratie die Willensbildung an Stelle der Gesamtbürgerschaft zusteht.

---

1) § 24 GO
2) Art. 30 GO
3) § 27 GO
4) § 9 GO
5) § 23 GO
6) § 27 GO
7) Vgl. hierzu: Rüffelmacher a.a.O. S. 50

All diese ineinander verschwimmende Verwendung des Wortes "Vertretung" ist für den hier zu bestimmenden Begriff der Vertretung im Rechtssinne nicht brauchbar. Als Kern der heutigen Vertretungslehre - die Literatur hierzu ist fast unübersehbar und im Rahmen dieser Arbeit nicht auszuwerten[1] - kann die Erkenntnis festgehalten werden, daß Vertretung "an die Stelle eines andern Tretens" bedeutet. Dies mit der Wirkung, daß die Handlungen dessen,der "vertritt", dem Vertretenden zugerechnet werden. Dieser Begriff der Vertretung umfaßt als Oberbegriff auch im Gemeinderecht sämtliche möglichen Vertretungsbestände; sowohl organschaftliche, wie gesetzliche, wie rechtsgeschäftliche Vertretung. Wegen des oben angedeuteten Streits um das Verhältnis zwischen Organschaft und Vertretung sei an dieser Stelle auf folgendes hingewiesen: Wenn die Meinung vertreten wurde, bei Organschaft und Vertretung handle es sich um zwei völlig gegensätzliche Begriffe, so beruht dies, worauf Wolff[2] hinweist, auf einer Gleichsetzung der Begriffe von Vertretung und Stellvertretung[3]. Demgegenüber wurde schon von v. Gierke[4] erkannt, daß sich von "Vertretung" auch bei der Organschaft sprechen lasse, "da das Organ nicht die Körperschaft, sondern nur der in einer bestimmten Sphäre als Werkzeug der immanenten Einheit fungierende Bestandteil des körperschaftlichen

1) Vgl. statt vieler: Eichler: Die Rechtslehre vom Vertrauen, 1950 und insbesondere Müller - Freienfels: Die Vertretung beim Rechtsgeschäft, 1955.

2) a.a.O. Band II S. 96.

3) So: Schlossmann: Organ und Stellvertreter, Ihr.Jb. 1902 S. 300 ff; v. Thur: Allg. Teil des dt. bürgerlichen Rechts I. Band 1910 S. 462 ff; Kelsen: Hauptproblem der Staatsrechtslehre 1911 S. 706.

4) Genossenschaftstheorie a.a.O. S. 623.

Organismus ist"[1]. Demnach steht der Begriff der Vertretung nicht im Gegensatz zu dem der Organschaft, sondern Organschaft ist Unterbegriff zur Vertretung, neben rechtsgeschäftlicher und gesetzlicher Stellvertretung.

2. Die Vertretung der Gemeinde "nach außen":

So vielseitig die Aufgaben der Gemeinde sind, so verschiedenartig sind die Vertretungstatbestände die unter den gefundenen Oberbegriff der Vertretung fallen können. Nach der Zielsetzung dieser Arbeit sollen jedoch nur die Fälle interessieren, bei denen die Gemeinde als Rechtsperson einer anderen, fremden Person als handelndes Subjekt gegenübertritt. Damit ergibt sich der Gegensatz zwischen "Gemeindeverwaltung" i.S. der allumfassenden Tätigkeit der Gemeinde innerhalb des Körperschaftsbereichs und "Vertretung" als Tätigkeit nach außen. Zwar macht Gemeindeverwaltung ständig nötig, daß die Gemeinde nach außen tätig auftritt, gleichwohl ist Gemeindeverwaltung und Vertretung der Gemeinde nicht identisch[2]. Gegenüber dem fast umfassenden Begriff der Gemeindeverwaltung, als Inbegriff gemeindlicher Tätigkeit, läßt sich die Vertretung der Gemeinde nach außen dem Gegenstand nach nur negativ abgrenzen:

a) Planung und Aufgabenerfüllung:

Im inneren Bereich der Körperschaft bleibt im allgemeinen die Planung von Aufgaben. Soweit die Gemeinde lediglich innerhalb ihrer Dienststellen (etwa zwischen Liegenschaftsamt und Stadtbauamt) tätig wird, ist eine außenstehende Person ohnehin

---

1) Ebenso: Jellinek: Allg. Staatslehre S. 560; Helfritz: Die Vertretung a.a.O. S. 31.

2) Vgl. Lünenbürger a.a.O. S. 9.

nicht angesprochen. Im übrigen ist Planung ihrer Natur nach schon unverbindlich und es kann schon deswegen nicht zu einer echten Vertretungshandlung nach außen kommen. Dies gilt gleichermaßen für Selbstverwaltungs- wie für Auftragsangelegenheiten[1].

Soweit es sich um Weisungsaufgaben (Auftragsangelegenheiten) [2] handelt, ist es zwar denkbar, daß Weisungen übergeordneter Behörden gegenüber betroffenen Dritten unmittelbare Rechtswirkung ent-

---

1) Ob die überkommene begriffliche Unterscheidung der Gemeindeaufgaben in Selbstverwaltungs- und Auftragsangelegenheiten heute noch gerechtfertigt ist, mag dahingestellt bleiben. Die GO Bayern (Art. 6 Abs. 2), die Niders. GO (§§ 4, 5) und die GO Rheinl.-Pfalz (§ 2) trennen in "eigene" und "übertragene" Aufgaben; die Hess. GO (§ 4) und die GO Schlesw.-Holst. (§ 3) in "weisungsgebundene" und "weisungsfreie" Aufgaben. Die GO Bad.-Württ. (§ 2) und die GO Nordrh.-Westf. (§ 3) bestimmen die Begriffe etwas anders, indem sie zwischen "freiwilligen Aufgaben" und "Pflichtaufgaben", innerhalb der letzteren wieder zwischen "weisungsfreien" und "weisungsgebundenen" Pflichtaufgaben unterscheiden.
Inwieweit sich die von den Gemeindeverfassungen gewählten Begriffe entsprechen, kann durch ein Schema veranschaulicht werden:

Gemeindeaufgaben

Selbstverwaltungsangelegenheiten (= eigene Aufgaben, = weisungsfreie Aufgaben)	Auftragsangelegenheiten (= übertragene Aufgaben, = weisungsgebundene Aufgaben)
Pflichtaufgaben	
weisungsfreie Pflichtaufgaben	weisungsgebundene Pflichtaufgaben
Rechtsaufsicht	Rechts- und Fachaufsicht.

2) Vgl. obiges Schema.

falten[1]. In all diesen Fällen geht jedoch die Wirkung der Weisung nicht vom Angewiesenen, hier der Gemeinde, sondern vom Anweisenden aus; sie kann schon aus diesen Gründen nicht der Gemeinde zugerechnet werden[1] und also auch nicht Gegenstand der Vertretung sein.

Ebensowenig wird die Vertretung der Gemeinde in den Fällen berührt, bei denen Weisungen der Rechtsaufsicht oder Fachaufsicht gegenüber der Gemeinde verwaltungsgerichtlich anfechtbare Akte darstellen[2]. In diesen Fällen ist allein die Gemeinde der von der Weisung unmittelbar Betroffene[3] und nicht, wie dies ein Vertretungssachverhalt voraussetzt, ein außenstehender Dritter.

---

1) Vgl. VGH Stuttgart 11.2.1957 = DÖV 57/217: Weisung des Innenministeriums, dem Handel den Verkauf von Endiviensalat wegen Typhusgefahr zu verbieten, ist ein Verwaltungsakt gegenüber den vom Verbot betroffenen Händlern. Ferner VGH Stuttgart 25.5.1949 - 50 - II - 250/49; OVG Lüneburg 22.8.1958 = DVBl. 58/837.
Zu der Frage, ob ein innerdienstlicher Rechtsakt zugleich ein Verwaltungsakt gegenüber dem Betroffenen sein kann vgl. Obermayer: Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt 1956; Bachof: Verwaltungsakt und innerdienstliche Weisung, in Festschrift für Laforet 1952, S. 285 ff. Zusammenstellung der Rechtsprechung bei Eyermann - Fröhler a.a.O. § 42 Rand-Nr. 52 ff und Koehler a.a.O. § 42 A IX 4. Danach liegt ein Verwaltungsakt nur vor, soweit die Fachaufsicht über die Gemeinden in deren eigene Rechte eingreift.

2) OVG Münster 25.7.1956 = NJW 56/1692; Masson in Bayr. VBl. 55/9.

3) Zum Rechtsschutz der Gemeinden gegen Akte der Rechtsaufsichts- bzw. Fachaufsichtsbehörde vgl. Ule: Kommentar zur VwGO Anm. IV 5 a zu § 42 VwGO; Eyermann - Fröhler: Kommentar zur VwGO RdNr. 54 zu § 42 VwGO; Obermayer: Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt 1956 S. 135 bis 147; BVerw.G. 10.1.1958 = BVerwGE 6/101. Nach der dort vertretenen Ansicht sind Akte der Rechtsaufsichtsbehörde im Bereich der weisungsfreien Aufgaben anfechtbar, nicht dagegen Akte der Fachaufsichtsbehörde. A.A.: Jesch: Rechtsstellung und Rechtsschutz der Gemeinden bei der Wahrnehmung "staatlicher Aufgaben" DÖV 1960/739; Maunz - Dürig: Kommentar zum Grundgesetz RdNr. 10, 11, 16, 25 zu Art. 19 Abs. 4 GG; Wolff: Verwaltungsrecht I, 3. Auflage 1959 S. 237. Dem ist zuzustimmen, soweit streitig ist, ob ein Weisungsrecht besteht oder nicht (so: OVG Münster 21.4. 1953 = DÖV 53/732).

Hiervon abgesehen ist sowohl bei Auftrags- wie bei Selbstverwaltungsangelegenheiten die Form sowie die Art und Weise der Aufgabendurchführung allein Sache der Gemeinde, geregelt in den Vertretungsvorschriften der Gemeindeverfassungen. Auch aus diesen Vorschriften muß im übrigen entnommen werden, daß der Planung keine unmittelbare Außenwirkung zukommen soll. Sowohl der Beschluß des Willensorgans (Rat, Stadtverordnetenversammlung, Magistrat) wie gegebenenfalls die Weisung einer übergeordneten Behörde bedarf ausdrücklich der Umsetzung durch weitere Ausführungsakte. So allein ist die in sämtlichen Gemeindeverfassungen wiederkehrende Vorschrift verständlich, daß Beschlüsse des Willensorgans durch ein anderes Organ ausgeführt[1] und daß ein mit dem Willensorgan[2] im allgemeinen nicht identisches Organ die Gemeinde zu vertreten habe[3].

---

1) § 43 Abs. 1 GO Bad.-Württ., Art. 36 GO Bayern, § 26 Gesetz über die Bezirksverwaltung der Hansestadt Hamburg, § 31 Gesetz über die Ortsämter der Bremischen Verwaltung, § 48 Verfassung für die Stadt Bremerhaven, § 66 Hess. GO, § 62 Nieders. GO, § 47 GO Nordrh.-Westf., § 50 GO Rheinl.-Pfalz, § 49 GO Schlesw.-Holst.

2) Einzige Ausnahme: § 55 GO Nordrh.-Westf., nach der dem Rat selbst die Verwaltung der Gemeinde zusteht. Die Vertretung gilt jedoch im allgemeinen als auf den Gemeindedirektor übertragen, so daß in Wirklichkeit auch hier der Doppelakt: Beschluß-Ausführungsakt, zweier verschiedener Organe erhalten ist. Soweit demnach noch der Rat die Vertretung im Einzelfall wahrnimmt, vermag dies allein das Erfordernis eines vom Beschluß getrennten Ausführungsakts nicht zu beseitigen.

3) § 42 Abs. 1 GO Bad.-Württ., Art. 38 GO Bayern, § 26 Gesetz über die Bezirksverwaltung der Hansestadt Hamburg, § 31 Gesetz über die Ortsämter der Bremischen Verwaltung, § 48 Verfassung für die Stadt Bremerhaven, § 66 Hess. GO., § 62 Nieders. GO, § 50 GO Rheinl.-Pfalz, § 50 GO Schlesw.-Holst.

b) Abgrenzung innerhalb der Aufgabenerfüllung:

Bei den Akten der Aufgabenerfüllung sind zu unterscheiden die rein tatsächlichen Handlungen ohne unmittelbare Rechtswirkung[1] (so etwa die Müllabfuhr, Straßenreinigung, Mütterberatung usw.) von Handlungen, die rechtserheblich sind, weil entweder der Wille auf den rechtlichen Erfolg gerichtet ist oder die positive Rechtsordnung ausdrücklich Rechtswirkungen an sie anknüpft. Da die rein tatsächlichen Handlungen unmittelbare Rechtswirkung nicht erzeugen, können sie auch nicht Gegenstand der Vertretung im Rechtssinne sein. Allein diejenigen Handlungen, die gewollt oder kraft Gesetzes Rechtswirkungen auslösen, sind einer Vertretung im Rechtssinne zugänglich. Sie können privatrechtlicher oder öffentlicher Natur sein, je nachdem, ob ihr Inhalt, ihr Vollzug oder ihre Wirkung dem privaten oder öffentlichen Recht unterfällt.

Auf dem Gebiete des Privatrechts handelt es sich hierbei stets um Willenserklärungen oder um Handlungen, die nach positivem Recht den Willenserklärungen gleichgestellt sind. Nach der von der Privatrechtswissenschaft entwickelten Definition sind Vertretungshandlungen nur bezüglich der Willensäußerungen möglich, bei denen der Rechtserfolg auf Grund Gesetzes eintritt und zwar ohne Rücksicht darauf, ob der vom Handelnden gewollt ist oder nicht. Es handelt sich bei der Vertretung somit stets um Willenserklärungen (etwa ein Vertragsangebot), geschäfts-

---

1) Damit soll nicht gesagt sein, daß diese Handlungen rechtlich ohne jede Bedeutung wären. Sie können etwa bei schuldhaftem Handeln deliktische Haftung auslösen und somit durchaus mittelbar "rechtserheblich" werden. Vgl. hierzu schon Kormann: System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte 1910, S. 15.

ähnlichen Handlungen (Mahnung, Fristsetzung, Annahmeverweigerung), oder Realakte (etwa Verbindung, Vermischung, Verarbeitung nach §§ 946 ff BGB, Besitzerwerb und Besitzaufgabe)[1].

Schwieriger ist die Bestimmung der Gebiete, auf denen im öffentlichen Recht Vertretungshandlungen möglich sind:

aa) Auszuscheiden sind einmal die Akte der Geschäftsführung und zwar sowohl allgemeine Regelungen (Organisationsplan, Geschäftsverteilungsplan), wie Regelungen im Einzelfall. Obwohl hier grundsätzlich Vertretung im Willen und Vertretung beim Empfang möglich sind, bleiben sie Regelungen interner Angelegenheiten der juristischen Person und vermögen deswegen schon ihrer Natur nach keine Außenwirkung zu entfalten. Da die Vertretung nach außen gerade diese Außenwirkung zum Ziele hat, können also die Akte der Geschäftsführung nicht zu den hier gesuchten Vertretungstatbeständen gehören.

bb) Sodann gehören nicht hierher die Akte der Rechtssetzung. In der Gemeinde handelt es sich hierbei um Satzungen und Anstaltsordnungen. Das entscheidende Merkmal dieser Akte, das eine Vertretungshandlung unmöglich macht, ist die Tatsache, daß die Rechtssetzungsakte eine unbestimmte Anzahl nicht fest umrissener Fälle abstrakt regeln und sich zwar an dritte, nicht aber an Individualität und Zahl bestimmte Personen richten[2].

---

1) Vgl. hierzu Enneccerus-Nipperdey: Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 2. Halbband, 14. Auflage § 137 IV.

2) Vgl. Lünenbürger a.a.O. S. 12.

cc) Nicht vertretungsweise erledigt werden können Akte der Rechtssprechung. Die Rechtssprechung ist grundsätzlich nicht Aufgabe der Kommunen. Soweit es durch Übertragung rechtssprechender Gewalt in den einzelnen Ländern Gemeindegerichte gibt, sind diese gemäß § 14 Nr. 2 GVG bundesrechtlich zugelassene Gerichte mit Zuständigkeiten in dem dort bezeichneten Umfang[1].

Als Handlungen auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts, bei denen eine Vertretung der Gemeinde nach außen denkbar ist, bleiben sonach einmal die Verwaltungsakte[2] und zum anderen der öffentlich-rechtliche Vertrag[3]. In beiden Fällen kann

---

1) Das Gleiche galt für die früher nur im ehemaligen Land Württemberg-Baden bestehende Friedensgerichtbarkeit. Mit der Gemeindeverwaltung haben somit die Gemeindegerichte nichts zu tun, auch nicht etwa i.S. der "Auftragsverwaltung".

2) Wegen des Begriffs vgl. die Legaldefinition in § 25 Abs.1 Satz 1 MRVO Nr. 165, § 4 Berl. Verw. Verf.G. Wegen der Einteilung der Verwaltungsakte in verschiedene Kategorien, vgl. Forsthoff: Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1. Band, 8. Auflage 1958, S. 191 ff.

3) Der öffentlich-rechtliche Vertrag wird als solcher dadurch gekennzeichnet, daß er sich auf Gegenstände des öffentlichen Rechts bezieht. Als Partner der Gemeinde kommen sowohl private Personen wie Körperschaften des zivilen Rechts in Frage (vertragliche Regelung von Wegebaupflichten) wie auch andere Körperschaften des öffentlichen Rechts (Eingemeindungsvertrag). Vgl. hierzu Forsthoff a.a.O. S. 249 ff (255); Apelt: Der verwaltungsrechtliche Vertrag, A.ö.R. Band 84, S. 249; Imboden: Der verwaltungsrechtliche Vertrag (Basler Studien zur Rechtswissenschaft H.48) 1958; Rupp: Verwaltungsakt und Vertragsakt, DVBl. 59/81; Stern: Zur Grundlegung einer Lehre des öffentlich-rechtlichen Vertrages, Verw.Arch.49/106; BGH, Urteil v. 25.4.1960, NJW 60/1457 u. Urteil vom 27.10. 1960 NJW 61/73. Wegen der Zulässigkeit vgl. Salzwedel: Neue Kölner rechtswissenschaftliche Abhandlungen H. 11, 1958; neuerdings: Bullinger: Vertrag und Verwaltungsakt, Stuttgart 1962.

wie auf dem Gebiete des Privatrechts die Handlung in einer "Willenserklärung" (Genehmigung, Verbot, Anweisung, Abschluß eines öffentlich-rechtlichen Vertrages), in einer "geschäftsähnlichen Handlung" (Fristsetzung) oder in einem "Realakt" (beispielsweise die tatsächliche Eröffnung einer Straße für den allgemeinen Verkehr als Teil der wegerechtlichen Widmung) bestehen. Insoweit gleichen sich die Voraussetzungen für die Vertretung im privaten und öffentlichen Recht.

Aus dem vorstehend Dargelegten kann der hier zu untersuchende Begriff der Vertretung der Gemeinde nach außen entnommen werden. Unter Vertretung im Rahmen dieser Arbeit ist sonach ein Tätigwerden eines Organs oder eines Stellvertreters im Namen der Gemeinde gegenüber einer außerhalb der Körperschaft stehenden Person zu verstehen, das Rechtswirkungen zu erzeugen vermag, weil diese gewollt, oder weil auf Grund gesetzlicher Vorschriften an das Tätigwerden bestimmte Rechtswirkungen geknüpft sind[1].

3. Das Vertretungsproblem beim Überschreiten des gemeindlichen Wirkungskreises, beim Fehlen einer vorgeschriebenen aufsichtbehördlichen Genehmigung und in Irrtumsfällen:
Als Sonderfälle fehlerhaften gemeindlichen Handelns müssen aus den weiteren Erörterungen die Handlungen ausgeschieden werden, die außerhalb dem allgemeinen Aufgabenkreis der Gemeinde liegen, bzw. die einer vorgeschriebenen Genehmigung ermangeln.

---

1) Vgl. hierzu die von Lünenburger a.a.O. S. 16 gewählte Definition, der die vorliegende im wesentlichen entspricht.

a) Das Überschreiten des gemeindlichen Wirkungskreises:

Die Lehre von der beschränkten Handlungsfähigkeit der juristischen Person[1] beruht auf der Anschauung, daß die juristische Person auch des öffentlichen Rechts nur innerhalb der ihr vom Recht gesetzten Lebenssphäre rechtswirksam handeln und wollen kann[2]. Sobald sie sich jenseits ihrer verfassungsmäßigen Lebenssphäre bewegt, hat sie im Rechtssinne überhaupt nicht gehandelt. Die Rechtsordnung weist ihr somit ein Aktionsgebiet an, außerhalb dessen sie nicht bloß nicht handeln soll, sondern gar nicht handeln kann. Wird trotzdem mit den Mitteln der Körperschaft unter Überschreitung dieser Schranke gehandelt, so liegt lediglich der "Schein einer Körperschaftshandlung"[3] vor. Es handelt sich hier also nicht darum, daß die Organe einer juristischen Person nach außen eine beschränkte Vertretungsmacht haben, sondern daß das rechtliche Können der juristischen Person selbst beschränkt ist. Handelt somit eine Organperson außerhalb der Grenzen des Wirkungskreises, so vermag sie wohl in der Individualsphäre[4], nicht aber in der Körperschaftssphäre Wirkungen zu erzeugen. Bezüglich der Körperschaft ist

---

1) Vgl. Lassar: Zur Lehre von der beschränkten Handlungsfähigkeit Ver.Arch. 38 (1933) S. 35 ff; Sautter: Der eingetragene Verein 4. Auflage 1958, S. 82 ff; Fuss: in DÖV 56/566.

2) Die Gemeinde überschreitet beispielsweise den ihr gesetzten Wirkungskreis, wenn sie eine Materie der bundeseigenen Verwaltung regelt; etwa wenn der Bürgermeister für den örtlichen Bahnhof einer Bahnhofsordnung erläßt. Auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts sind dies stets zugleich Fälle der sogenannten absoluten Unzuständigkeit. Vgl. hierzu OLG München, Urteil v. 3.9.1952 = MDR 53/165.

3) Vgl. Gierke: Genossenschaftstheorie a.a.O. S. 630.

4) Auch hier handelt es sich aber nur um weiter nicht interessierende haftungsrechtliche Folgen.

die außerhalb des rechtlichen Könnens vorgenommene Handlung nichtig[1].

b) Der Verstoß gegen einen Genehmigungsvorbehalt:

Auch das Fehlen einer vorgeschriebenen aufsichtsbehördlichen Genehmigung[2] berührt nicht die Gültigkeit der Vertretungshandlung als solche. Rechtlich liegt in dem Erfordernis einer aufsichtsbehördlichen Genehmigung nicht eine Einschränkung der gesetzlichen Vertretungs- oder Organmacht, sondern es handelt sich um eine Wirkungsvoraussetzung für das Rechtsgeschäft. Bis zur Erteilung der Genehmigung ist das Rechtsgeschäft und der Verwaltungsakt jedoch schwebend unwirksam. Gleichwohl ist die Gemeinde verpflichtet, die Genehmigung einzuholen und somit für die endgültige Wirksamkeit ihrer Handlung zu sorgen. Wird die Genehmigung versagt, so ist zwar die gemeindliche Handlung von Anfang an unwirksam[3]; diese Unwirksamkeit ist jedoch nicht in der Vertretung der Gemeinde durch den Handelnden begründet.

---

1) Lassar, wie zuvor, S. 36 bezeichnet die unter Überschreiten des Wirkungskreises einer juristischen Person vorgenommene Handlung als "Nichts". Da jedoch nicht geleugnet werden kann, daß objektiv eine Tätigkeit vorliegt, erscheint es terminologisch besser von einer nichtigen, d.h. von niemand und zu keiner Zeit zu beachtenden Handlung zu sprechen.

2) Vgl. hierzu § 80 Abs. 4 GO Bad.-Württ.; Art. 63 GO Bayern; § 94 Hess. GO; § 84 Nieders. GO; § 88 GO Rheinl.-Pfalz; § 78 GO Schlesw.-Holst.

3) Vgl. hierzu Kunze - Schmid a.a.O., Erl. VII zu § 80 GO; Göbel a.a.O., Erl. 6 zu § 80 GO.

c) Vertretung und Irrtum des Vertreters:

Keine Besonderheiten bietet der Irrtum des Vertreters oder des Organs einer Körperschaft. Irrtum des Organs oder Stellvertreters über den Inhalt seiner Erklärung ist Irrtum der Gemeinde. Demnach ist auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts die Willenserklärung anfechtbar[1]. Die hoheitliche Handlung ist fehlerhaft[2].
Daß der Motivirrtum auf dem Gebiete des privatrechtlichen Handelns weder die Bevollmächtigung noch die Wirksamkeit des durch den Vertreter abgeschlossenen Rechtsgeschäfts berührt, ergibt sich aus § 119 BGB. Für den Motivirrtum eines Organs auf dem Gebiete des privaten oder des öffentlichen Rechts gilt das gleiche, da als allgemeiner Rechtsgrundsatz anzusehen ist, daß der Motivirrtum die Wirksamkeit der Willenserklärung nicht berührt. Sowohl das abgeschlossene Rechtsgeschäft wie der erlassene Verwaltungsakt sind gültig. In welchen Fällen fehlerfreie Vertretungshandlungen auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts zurückgenommen werden können, ist eine Frage des allgemeinen materiellen Verwaltungsrechts, auf die hier nicht näher eingegangen werden kann[3].

4. Anhang:
Die Wirkung fehlerfreier Vertretung:
Ziel dieser Arbeit ist die Untersuchung der Rechtswirkungen und Probleme bei mangelhafter Vertretungshandlung, Zur fehlerfreien Vertretungshandlung ist

---

1) § 119 BGB.

2) Wolff a.a.O. § 51.

3) Vgl. hierzu Wolff: Verwaltungsrecht a.a.O. § 53; Forsthoff a.a.O. § 13; Haueisen: Die Rücknahme fehlerhafter Verwaltungsakte in NJW 1954/1424 ff; derselbe: Der Widerruf fehlerfreier Verwaltungsakte in NJW 55/1457 ff.

kurz zusammengefaßt folgendes zu sagen:

Die fehlerfreie Vertretung begründet unmittelbar nur ein Rechtsverhältnis zwischen der Gemeinde und dem Dritten mit dem gewollten, oder vom Gesetz vorgeschriebenen Inhalt. Dabei ist es gleichgültig, ob für die Gemeinde ein Organ im oben bezeichneten Sinne (unmittelbares, mittelbares oder beauftragtes Organ) handelt, oder ob die Gemeinde auf Grund einer rechtsgeschäftlichen Vollmacht vertreten wird. Wird ein Organ für die Gemeinde tätig, so handelt nach dem Organbegriff ein "Teil der Gemeinde" mit der Folge, daß die Handlung der Gemeinde als eigene zugerechnet wird. Das Organ kann deswegen hier niemals selbst Rechtssubjekt [1] sein. Demzufolge treffen die Wirkungen organschaftlichen Handelns allein die Gemeinde und nicht den Organschaftsträger.

Ähnliches gilt aber auch für die rechtsgeschäftliche Stellvertretung. Zwar wird hier das Rechtssubjekt "Vertreter" für das davon unabhängige Rechtssubjekt "Gemeinde" tätig. Trotzdem aber wirkt die Handlung des Stellvertreters unmittelbar für und gegen die Gemeinde, ohne daß dadurch der Rechtskreis des Vertreters berührt würde[2]. Nicht der Organschaftsträger, sondern die Gemeinde erläßt einen Verwaltungsakt und schließt einen Vertrag ab; nicht der Stellvertreter, sondern die Gemeinde wird aus einem Rechtsgeschäft berechtigt und verpflichtet.

---

1) "Rechtssubjekt" kann der Organschaftsträger allenfalls in hier nicht interessierender haftungsrechtlicher oder disziplinärer Beziehung sein.

2) Diese Folge ergibt sich aus der Repräsentationswirkung der zivilrechtlichen Stellvertretung nach § 164 BGB. Vgl. hierzu Enneccerus-Nipperdey: Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 2. Halbband, 14. Auflage 1955, § 182.

II. Teil

Die Rechtswirkungen der Vertretung bei Zuständigkeitsmängeln.

§ 6 Fehlerhafte Handlungen bei unmittelbarer gesetzlicher Vertretungsmacht.

1. Unmittelbare Organschaft und Handeln "ohne Vertretungsmacht":

Wie sich aus der Darstellung der verschiedenen Gemeindeverfassungstypen[1] ergibt, besitzt jede Gemeinde ein auf Grund Gesetzes allgemein und unbeschränkbar zur Vertretung zuständiges Hauptorgan. Je nach der Verfassung ist dies der Rat, der Bürgermeister oder der Magistrat. Aus dem dieser Arbeit zu Grunde gelegten Organbegriff folgt nun, daß das Handeln der unmittelbaren Organe stets Handeln der Gemeinde ist. Da ihre Organmacht unbeschränkt ist, ist es nicht möglich, daß sie außerhalb ihrer Zuständigkeit oder, mit anderen Worten, ohne Vertretungsmacht handeln können. Das gleiche gilt aber auch für mittelbare Organe, soweit sie allgemein neben[2], oder im Verhinderungsfalle an Stelle[3] des unmittelbaren Organs zuständig sind.

Wenn in diesen Fällen gleichwohl von einem Handeln ohne Vertretungsmacht gesprochen wird[4], so wird hier offensichtlich die "Vertretungsmacht" - bei Organen an sich richtiger "Organmacht" - als das

---

1) Vgl. oben § 3.

2) So etwa der 1. Beigeordnete nach der GO Bad.-Württ. (§ 49 Abs. 4 GO) und Hess. GO (§ 47 Abs. 1GO).

3) Wenn etwa bei Erkrankung des Bürgermeisters der in der Reihenfolge nächste Beigeordnete nachrückt. Dies bedeutet, daß Weisungen des erkrankten Bürgermeisters keine Außenwirkung haben.

4) Vgl. statt vieler: RGZ 73/73, 145/315; Hölzl: a.a.O. Anm. 2 b zu Art. 29 GO; Helmreich - Widtmann a.a.O. Anm. 6 zu Art. 29 GO.

rechtliche Können mit der Vertretungsbefugnis als dem rechtlichen Dürfen verwechselt. Mangelhafte Vertretungshandlungen unmittelbarer Organe können hier nur darin bestehen, daß das Organ handelt, wo es wirksam für die Gemeinde handeln kann, jedoch nach der innerkörperschaftlichen Zuständigkeitsverteilung nicht darf. Dieser Zwiespalt zwischen "Können" und "Dürfen" entsteht insbesondere, wenn das unmittelbare Organ ohne oder entgegen einem Gemeinderatsbeschluß eine Handlung im Namen der Gemeinde vornimmt.

2) Das Handeln gegen oder ohne Beschluß des Willensorgans (Rat) in Rechtssprechung und Literatur:

Wie dieser Konflikt zwischen den getrennten Zuständigkeiten zur Willensbildung und zur Vertretung zu lösen ist, ist umstritten, seit es Zuständigkeitsverteilungen im kommunalrechtlichen Sinne[1] gibt.

a) Bis zum Erlaß der Deutschen Gemeindeordnung wurde überwiegend die Ansicht vertreten, das ohne oder entgegen einem Beschluß des Gemeinderats handelnde Vertretungsorgan sei wie ein Vertreter ohne Vertretungsmacht zu behandeln[2]. Diese Ansicht wird jedoch auch noch heute vertreten[3], wobei zumeist

---

1) Bei der kommunalrechtlichen Trennung zwischen Willensbildung und Vertretung handelt es sich nicht um eine Trennung von Legislative und Exikutive, also nicht um eine Gewaltentrennung. Die Zuständigkeitstrennung für Beschluß und Exekutivorgan ist ein Kompromiss zwischen den Erfordernissen bürgerlicher Selbstverwaltung und denen einer arbeitsfähigen Gemeindeverwaltung (vgl. hierzu Köttgen: Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis a.a.O. S. 196).

2) Vgl. Fundstellen bei Walz: Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis a.a.O. S. 266.

3) Vgl. Helmreich - Widtmann a.a.O. Erl. 6 zu Art. 29 GO; Hölzl: a.a.O. Erl. 2 b zu Art.29 GO; Masson: a.a.O. Anm. 2 zu Art.38 GO; Bohley: in Bayrischer Bürgermeister 53/245; Elleringmann: in Festschrift zum 25jährigen Bestehen der Verwaltungsakademie Münster (ohne Jahresangabe) S. 116; Völsing: in Hessische Landgemeinde 4. Jahrgang S. 265 ff und 406 ff; Bay. Ob.LG., Beschluß vom 31.10.1962 - Bayrischer Bürgermeister 53/60.

zur Begründung auf die Rechtssprechung des Reichsgerichts[1] hingewiesen wird.

b) Das Reichsgericht hat erstmals im Urteil vom 1.3. 1910[2] hierzu Stellung genommen. Die damals zu entscheidende Kernfrage ging aber dahin, ob die nach § 88 Nr. 7 Preuß. LGO vom 3.7.1891 vorgeschriebene Anführung des Gemeinderatsbeschlusses die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts beeinflußt. Das Reichsgericht hat diese Frage verneint und lediglich nebenbei darauf hingewiesen, der Gemeinderatsbeschluß sei "wesentliche Voraussetzung des rechtlichen Bestands des Rechtsgeschäfts". Diese Formulierung findet sich bis heute in der Literatur[3]. Das Gericht hat aber zugleich[4] darauf hingewiesen, daß sich die Vorschrift des § 88 Nr. 7 Preuß. LGO 1891 wesentlich von § 56 Nr. 8 der Preuß. StädteO. für die 6 östlichen Provinzen vom 30.5.1853 unterscheide. Hier sei weder eine Anführung noch eine Vorlage des Gemeinderatsbeschlusses bei Vertretungshandlungen des Magistrats notwendig gewesen, woraus sich ergebe, daß im Gegensatz zu der zu beurteilenden Vorschrift <u>das Verhältnis des Magistrats zum Gemeinderat lediglich ein inneres sei.</u> In diesem Falle würde die "Verwaltungsbefugnis des Magistrats durch die Mitwirkung der Stadtverordnetenversammlung" zwar begrenzt; diese Schranken berührten jedoch die Vertretungsbefugnis nicht. Die Vertretungsbefugnis des Magistrats (gemeint ist hier die Vertretungsmacht) sei nicht eingeengt, sondern unbeschränkt.

---

1) RGZ 58/356; 73/73 (76); 82/7; 115/315; 145/311 (315).
2) RGZ 73/73.
3) Vgl. die oben in Anm. 3 S. 67 zitierten Schriftsteller.
4) a.a.O. S. 77.

In Wirklichkeit hat also das Reichsgericht für die allein mit den heute geltenden Vertretungsvorschriften vergleichbare Bestimmungen der Preuß. StädteO. von 1853 gerade nicht die Meinung vertreten, der Beschluß des Rats berühre das Außenverhältnis[1].

c) Eine andere Meinung hat das Reichsgericht auch später nicht vertreten. Soweit es sonst noch zum Vertretungsrecht der Körperschaft Stellung genommen hat, handelte es sich um Fälle des echten "Mißbrauchs der Vertretungsmacht". So hatte etwa das Gericht zu entscheiden, ob die Mithilfe des Direktors eines Kommunalverbandes bei Spekulationsgeschäften einer AG. den Verband verpflichte[2]. Hierbei handelt es sich jedoch nicht um die Frage der mangelnden Vertretungsmacht, sondern darum, ob gerade trotz gültiger Vertretungshandlung gegenüber dem Vertragspartner die Einrede der Arglist erhoben werden kann. Andere Entscheidungen[3] beschäftigen sich mit dem deliktischen Haftungsanspruch des Vertragspartners beim Handeln behördlicher Angestellter ohne Vertretungsmacht. Da unmittelbare Organe der Gemeinde eine unbeschränkte Vertretungsmacht besitzen, ist bei diesen ein solcher Zuständigkeits-

---

1) Ob der vom Reichsgericht entschiedene Fall des § 88 Nr. 7 Preuß. LGO von 1891 zu einem anderen Ergebnis zwingt, kann dahingestellt bleiben, da die geltenden Gemeindeverfassungen die Anführung oder Vorlage des Ratsbeschlusses nicht mehr vorschreiben.

2) Vgl. RGZ 145/311, ferner hierzu RGZ 58/356 (Unterzeichnung einer Bürgschaftsurkunde im Namen der Körperschaft für persönliche Schuld des handelnden Organs).

3) Vgl. RGZ 140/428; 148/251 (256).

mangel von vornherein unmöglich[1].

d) Der Bundesgerichtshof hat zu der hier anstehenden Frage bisher lediglich in einer Entscheidung Stellung genommen[2]. Ihr lag die zwangsweise Versetzung eines Polizeibeamten in den Ruhestand nach einem im Jahre 1949 in Nordrhein-Westfalen geltenden Landesgesetz[3] zu Grunde. Zu der in Frage stehenden Maßnahme war hinsichtlich Willensbildung und Ausführung ein Gremium, der sogenannte "Polizeiausschuß", zuständig. Im entschiedenen Falle haben nun unter Übergehung dieses Ausschusses zwei seiner Mitglieder die Zurruhesetzung ausgesprochen.

Da eine Vertretung des Polizeiausschusses durch lediglich zwei seiner Mitglieder nicht vorgesehen war, sondern dieser stets als Ganzer zu handeln hatte, lag hier eindeutig ein Fall mangelnder Zuständigkeit, also ein Mangel in der Organmacht vor. Die vom Gericht festgestellte Fehlerhaftigkeit war dementsprechend schon durch diesen Mangel begründet, ohne daß es auf den zugleich vorliegenden Verstoß gegen die Regeln der Willensbildung angekommen wäre. Das Urteil ist deswegen be-

---

1) Die genannten Entscheidungen lassen aber auch keinen Schluß auf die Gültigkeit von Handlungen mittelbarer Organe außerhalb ihres Wirkungskreises zu. Aus der Haftung der Körperschaft kann nicht entnommen werden, welche Rechtswirkung die zugrundeliegende Handlung entfaltet. Dies gilt um so mehr, als bei den entschiedenen Fällen die schadensstiftende Handlung nicht in der Überschreitung der Zuständigkeit, sondern in dem fehlerhaften sachlichen Vorgehen des Unzuständigen gesehen wurde.

2) BGH, Urteil vom 14.7.1956, BGHZ 21/294, ausführlicher in: DVBl. 57/24 ff.

3) Gesetz über den vorläufigen Aufbau der Polizei im Lande Nordrh.-Westf. v. 9.5.1949 (ABl. S. 168). Durch das Gesetz wurde - veranlaßt durch die britische Besatzungsmacht - die Polizei aus der Staatsverwaltung herausgelöst und verselbständigt. Zur Durchführung des Gesetzes war der "Polizeiausschuß" zuständig (§ 6 des gen. Gesetzes).

deutsam nur für Handeln ohne Organmacht, nicht aber für Fälle bei denen ohne die innerkörperschaftliche Organbefugnis gehandelt wird.

Dies verkennt auch der Bundesgerichtshof nicht, indem er nebenbei bemerkt[1]:

> "Richtig ist allerdings, daß dann, wenn die zur Vertretung des Rechtsträgers "Polizei" bestimmte Stelle für diesen eine formgerechte Willenserklärung abgibt, diese Willenserklärung als der nach außen wirksame Vorgang den Rechtsträger "Polizei" auch dann binden würde, wenn die mit der Verfügung abgegebenen Erklärungen nicht in Übereinstimmung mit einem Beschluß...des Polizeiausschusses gestanden hätte".

Der in der amtlichen Sammlung[2] veröffentlichte Leitsatz, nach dem ein Verwaltungsakt, der ohne die vorgeschriebene Willensbildung durch ein Kollegialorgan erlassen wurde, nichtig ist, trifft daher nur den Fall, daß das Kollegialorgan zugleich das Vertretungsorgan der Körperschaft ist. In diesem Fall bedeutet ein Mangel in der Willensbildung zugleich auch immer ein Mangel der Vertretungshandlung, weil nicht die vorgeschriebene Mitgliederzahl und damit nicht das Organ als solches tätig wird. Das darf aber nicht mit der Sachlage verwechselt werden, daß das Vertretungsorgan sich nicht nach der Willensbildung eines hiervon getrennten Beschlußorgans richtet.

e) Soweit von den Kommentatoren der Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern[3] die Meinung vertreten wird, das Fehlen oder die Mißachtung des vorgeschriebenen Gemeinderatsbeschlusses mache den Handelnden grundsätzlich und auf jedem Gebiet zum Ver-

---

1) Vgl. BGH a.a.O.: DVBl. 57 Seite 24 am Schluß.

2) BGHZ 21/294.

3) Vgl. oben S. 67 Anm. 3.

treter ohne Vertretungsmacht, wird zur Begründung insbesondere auf die Tradition des bayerischen Gemeinderechts hingewiesen[1]. Hierbei wird jedoch nicht genügend berücksichtigt, daß nach der Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern vom 17.10.1927 die Gemeinde nicht vom Bürgermeister, sondern vom Gemeinderat als unmittelbarem Organ vertreten wurde[2]. Die heute geltende bayerische Gemeindeordnung bestimmt demgegenüber den Bürgermeister zum alleinigen und unmittelbaren Vertretungsorgan. Selbst wenn bei dieser Änderung hier nicht näher interessierende rechtstheoretische Überlegungen mitgespielt haben sollten[3], so kann doch schwerlich bestritten werden, daß durch die neue Fassung die Vertretungsregelung positiv-rechtlich abgeändert wurde. Die Geltung eines eindeutigen gesetzlichen Wortlauts kann aber durch mehr oder weniger ausgebildete Traditionen allein nicht beseitigt werden.

3) Eigener Lösungsversuch zur Auswirkung der Willensbildung durch den Rat auf die Organmacht des zur Vertretung Zuständigen:

Ob das Handeln eines unmittelbaren Organs gegen oder ohne Beschluß des Rats (soweit ein solcher vorgeschrieben ist) die Rechtswirkungen der Handlung nach außen berührt oder nicht, hängt davon ab, ob die beim Rate liegende Willensbildung nur die Organbefugnis (Vertretungsbefugnis), oder auch die Organmacht (Vertretungsmacht) beschränkt. M.E. haben

---

1) Ebenso Bayr. ObLG Beschluß vom 31.10.1952, Bayr. Bürgermeister 53/60.

2) Vgl. Art. 16 und 17 Abs. 1 Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern vom 17.10.1927.

3) Vgl. Note des Bayr. Staatsministeriums des Innern vom 22.8.1951, wiedergegeben in der Entschließung des Staatsministeriums der Justiz vom 29.8.1951 Nr. 1300 - I - 2712/51.

sich die geltenden Gemeindeverfassungen durch die Fassung ihrer Bestimmungen dazu entschlossen, durch die dem Rat vorbehaltene Willensbildung lediglich die Organbefugnis - also das innerkommunalrechtliche Dürfen - zu beschränken[1]. Anders wäre nicht verständlich, warum jeweils einem vom Rat getrennten Organ das Recht "zur Vertretung der Gemeinde nach außen" übertragen wurde, ohne hierbei ausdrücklich die Übereinstimmung der Vertretungshandlung mit dem im Rat gebildeten Willen zu verlangen[2]. Daraus muß geschlossen werden, daß auch eine dem Willen des Rats zuwiderlaufende Handlung des Vertretungsorgans die Gemeinde in gleicher Weise berechtigt und verpflichtet, wie wenn das Organ ordnungsgemäß den Ratsbeschluß ausgeführt hätte.

Daß die vorgeschriebene Willensbildung durch den Rat lediglich die Organbefugnis einschränkt und nicht auch die Organmacht, wird durch folgende Überlegungen gestützt:

a) Nicht nur sind die "Vertretungsvorschriften" ("Der Bürgermeister (Magistrat, Verwaltungsausschuß) vertritt die Gemeinde") nicht ausdrücklich an die Willensbildung gebunden, der Gesetzgeber hat sich vielmehr dazu entschlossen, die Zuständigkeit zur Ausführung der Beschlüsse in einer getrennten Vorschrift zu behandeln ("Der Bürgermeister (Magistrat, Verwaltungsausschuß) ... vollzieht die Beschlüsse")[3].

---

1) Einzige Ausnahme die GO Nordrh.-Westf. Vgl. hierzu unten S. 82.

2) Vgl. § 42 Abs. 1 GO Bad.-Württ.; Art. 38 Abs. 1 GO Bayern; §§ 71 Abs. 1, 79 Abs. 3 Hess. GO; § 62 Abs. 1 Niders. GO; § 50 Abs. 1 GO Rheinl.-Pfalz; §§ 57 Abs. 1, 61 Abs. 1 GO Schlesw.-Holst.

3) Vgl. § 43 Abs. 1 GO Bad.-Württ.; Art. 36 GO Bayern; § 66 Abs. 1 Hess. GO; § 62 Abs. 1, Ziff. 1 Nieders. GO; § 50 Abs. 1 Ziff. 2 GO Rheinl.-Pfalz; § 60 Abs.1 Ziff. b GO Schlesw.-Holst.

Bei den Ausführungsvorschriften handelt es sich um eine erkennbar zu den Vorschriften über die Willensbildung durch den Gemeinderat in Beziehung gesetzte Bestimmung; mit anderen Worten, um die Regelung der Vertretungsbefugnis[1]. Auch daraus muß geschlossen werden, daß der Gesetzgeber bewußt darauf verzichtet hat, die Vertretungsmacht an die innerkörperschaftliche Willensbildung und der sich daraus ergebenden Vertretungsbefugnis zu binden.

Diese Folgerung erhält besonderes Gewicht, wenn man überlegt, daß eine solche Bindung an sich durchaus möglich wäre. Die gesetzliche Vertretungsregelung müßte dann aber folgende Fassung haben: "Der Bürgermeister (der Magistrat usw.) vertritt die Gemeinde nur in den ihm auf Grund dieses Gesetzes zustehenden Aufgabengebieten. Im übrigen vertritt der Bürgermeister (der Magistrat usw.) den Gemeinderat im Rahmen der von diesem gefaßten Beschlüsse".

b) Der Verzicht auf die Bindung der Organmacht an die Grenzen der Organbefugnis entspricht dem für die juristischen Personen des Handelsrechts entwickelten Unterschied zwischen der nur im Innern der Körperschaften wirkenden Geschäftsführungsbefugnis (Vertretungsbefugnis) und der nach außen wirkenden Vertretungsmacht. Die Geschäftsführungsbefugnis des Vorstandes einer handelsrechtlichen Körperschaft (Aktiengesellschaft, GmbH., Genossenschaft) kann durch Satzung, Beschluß des Aufsichtsrates, oder Beschluß der Hauptversammlung eingeschränkt werden. Diese Beschränkung berührt aber

---

1) So auch: OLG Stuttgart: Beschluß v. 7.2.1951, "Die Gemeinde" 51/31; a.A. Masson: a.a.O. Erl. 2 zu Art. 38 GO.

kraft ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift[1] nicht das Außenverhältnis, läßt also die Vertretungsmacht unangetastet[2]. Man könnte hier m.E. geradezu von einem Grundsatz des Korporationsrechts sprechen, daß die einem Organ verliehene Organmacht nach außen durch innerkörperschaftliche Willensbildung nicht beschränkt wird. Jedenfalls spricht eine Vermutung dafür, daß die Organstellung für das Außenverhältnis solange uneingeschränkt ist, als die Organmacht nicht ausdrücklich durch Gesetz an die Willensbildung gebunden wird. Ist die einem Organ verliehene Vertretungsmacht nicht ausdrücklich nach außen beschränkt, so spricht die Organstellung dafür, daß die Vertretungsmacht nicht an die Grenzen der Vertretungsbefugnis gebunden ist[3].

c) Der Sinne einer solchen Ablösung der Organmacht von der Organbefugnis liegt im Schutz des außenstehenden Dritten. So wenig ein Geschäftspartner einer Aktiengesellschaft die Satzung und Beschlüsse der Hauptversammlung oder des Aufsichtsrats kennen wird, so schwierig wäre es für den Bürger, bei der zum Teil komplizierten Aufgabenteilung der Gemeinde

---

1) Vgl. §§ 74 Abs. 2 AktG, 37 Abs. 2 GmbHG, 27 Abs. GenG.

2) Vgl. Gadow-Heinichen: Großkommentar zum AktG., 1.Bd., Berlin 1961, Anm. 6 und 7 zu § 74 AktG.; Hachenburg: Der Großkommentar zum GmbHG., 2. Bd., Berlin 1959, Anm. 6 zu § 37 GmbHG; Feine: Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Leipzig 1929, S. 488.

3) Diese Grundsatz wird mittelbar auch durch die Vorschriften der §§ 31, 38 BGB bestätigt. Obwohl durch § 26 BGB die Vertretungsmacht des Organs ausdrücklich als beschränkbar ausgestaltet ist, haften die verfassungsmäßigen Vertreter, gleichviel ob die Handlung durch die Vertretungsmacht gedeckt ist, oder nicht. Das Gesetz verbindet also auch insoweit mit dem organschaftlichen Handeln die Vorstellung, daß grundsätzlich das Handeln des Organs Handeln der Gesamtperson ist.

zu entscheiden, ob das Hauptvertretungsorgan im Einzelfall innerhalb oder außerhalb seiner Organbefugnis handelt[1].

4) Organmacht und Organbefugnis bei öffentlich-rechtlichen Aufgaben der Gemeinde:

Die getroffene Feststellung, daß die Gemeindeordnungen von einer strengen Scheidung zwischen dem im Innern der Körperschaft zu bildenden Willen und den nach außen wirkenden Handlungen der Vertretungsorgane ausgehen, darf als unbestritten gelten, soweit es sich um ein Tätigwerden der Gemeinde auf privatrechtlichem Gebiet handelt. Zugleich wird jedoch übereinstimmend die Meinung vertreten, das Überschreiten der Vertretungsbefugnis mache hoheitliche Akte der Gemeinde fehlerhaft[2]. Soweit hierfür überhaupt eine Begründung gegeben wird, wiederholt sich der Hinweis, hoheitliches Handeln sei wegen der Verletzung einer wesentlichen Verfahrensvorschrift fehlerhaft. Dieser Begründung kann jedoch für die Vertretungsregelung der Gemeindeord-

---

1) Man denke daran, wie schwer es unter Umständen festzustellen ist, ob ein Geschäft zur laufenden Verwaltung gehört oder nicht. Hiervon kann es aber abhängen, ob das Hauptvertretungsorgan zu eigener Entscheidung befugt ist, oder ob der Gemeinderat entscheiden muß. Vgl. hierzu unten S. 112 ff.

2) Vgl. Göbel a.a.O. Anm. 3 zu § 42 GO; Kunze - Schmid a.a.O. Anm. 7 zu § 42 GO; Odenbreit a.a.O. S. 274; Muntzke - Schlempp a.a.O. Anm. XV zu § 71 GO; Lindemann a.a.O. Anm. zu § 71 GO; Braun - Holl: Gemeindeordnung für Württemberg - Hohenzollern 1950, Anm. c zu § 47 Abs. 1 GO; Kiefer - Schmid: Die Deutsche Gemeindeordnung, 1937, Erl. 1 zu §§ 35, 36 GO; Salzmann - Schunck a.a.O. Anm. 2 zu § 50 GO; Lünenbürger a.a.O. S. 126; Walz: Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis a.a.O. S. 266; Lassar: Zur Lehre von der beschränkten Handlungsfähigkeit, Verw.Arch. 38 S. 41; Helfritz: Vertretung d.Gd. a.a.O. S. 70 f; Stoll: Festschrift für Heinrich Lehmann S. 128 ff.

nungen nur zum Teil gefolgt werden:

a) Die meisten geltenden Gemeindeordnungen gehen davon aus, daß der Gemeinderat im allgemeinen die Entscheidungsbefugnis auf andere Organe, meist auf das Hauptvertretungsorgan, übertragen kann[1]. Eine Ausnahme bilden nur die Gemeindeordnungen für den Freistaat Bayern und Rheinland-Pfalz[2]. Soweit nun der Gemeinderat seine Zuständigkeit zur Willensbildung übertragen kann, erscheint das Übergehen dieser Willensbildung nicht als wesentlicher Mangel gerade im Verfahren. Wenn im allgemeinen Verwaltungsrecht der Begriff "Verfahrensmangel" gebraucht wird, so handelt es sich stets darum, daß entweder verschiedene Behörden nicht wie vorgeschrieben zusammenwirken, oder daß Vorschriften verletzt werden, die bestimmen, wie die Behörde nach außen tätig zu sein hat[3]. Hier geht es aber darum, daß die dem Handeln vorausgehende Willensbildung derselben Behörde Fehler aufweist.

Ob sich diese Fehler auf die Gültigkeit öffentlich-rechtlichen Tätigwerdens auswirken können, hängt letzten Endes davon ab, ob man dem öffentlichen Interesse an einer ordnungsgemäßen Willensbildung so viel Gewicht beimißt, daß deswegen das Bedürfnis des Bürgers nach Rechtssicherheit zurücktreten muß. Ein solcher Vorrang des öffentlichen Interesses ist m.E. nicht anzuerkennen, nachdem feststeht, daß die Ver-

---

1) Vgl. §§ 24 Abs. 1, 44 Abs. 2 GO Bad.-Württ.; §§ 50, 66, 79 Abs. 4 Hess. GO; § 62 Abs. 1 Ziff. 2 Nieders. GO; § 47 Abs. 1 GO Nordrh.-Westf.; § 27 Abs. 1 GO Schlesw.-Holst.

2) Diese Gemeindeordnungen sehen lediglich die Übertragung von Aufgaben auf sogenannte Verwaltungsausschüsse vor. Vgl. § 32 Abs. 2 GO Bayern; § 53 GO Rheinl.-Pfalz.

3) Vgl. Forsthoff, a.a.O. S. 211 ff, insbesondere S. 216. Man denke etwa an Zustimmungs- oder Genehmigungsvorbehalte übergeordneter Behörden (bei der Gemeinde Genehmigung zu Grundstücksverkäufen); insbesondere aber an Formvorschriften.

letzung der innerkörperschaftlichen Vertretungsbefugnis die sachliche Zuständigkeit der Gemeinde als tätig werdende Behörde nicht berührt. Bei der Vertretungsregelung muß der Bürger davon ausgehen können, daß das Handeln des die Gemeinde repräsentierenden Organs dem innerkörperschaftlichen Willen entspricht. Dementsprechend kann auch hoheitliches Handeln im allgemeinen nicht allein deswegen als fehlerhaft bezeichnet werden, weil Mängel in der innerkörperschaftlichen Willensbildung vorliegen.

b) Anders ist dies, wenn ein Organ entgegen seiner Vertretungsbefugnis auf Sachgebieten tätig wird, die dem Gemeinderat zur Entscheidung ausdrücklich vorbehalten sind[1]. Diese dem Gemeinderat vorbehaltenen Aufgabengebiete umfassen allerdings im allgemeinen haushaltsrechtliche Entscheidungen, die Beteiligung an wirtschaftlichen Unternehmen, die wichtigen Entscheidungen der innerkörperschaftlichen Organisation (Bestellung der Ausschüsse und Beigeordneten), die Änderung von Gemeindebetrieben, Eine echte Auswirkung dieser Aufgaben ist hier gar nicht möglich, weil sie Interna der Gemeindeverwaltung betreffen. Die Frage nach der Gültigkeit von Handlungen entgegen der Willensbildung kann nur entstehen, soweit dem Rat etwa auch die Festsetzung von Tarifen und Abgaben, der Beitritt zu einem Zweckverband und die Übertragung von Aufgaben auf das Rechnungsprüfungsamt vorgesehen sind. Aufgaben bei denen die Gemeinde einen außenstehenden Partner hat. Da der Gesetzgeber diese Aufgabe durch Gesetz ausdrücklich für jedermann ersichtlich dem Rate

---

1) Vgl. §§ 44 Abs. 2, 39 Abs. 2 GO Bad.-Württ.; § 51 Hess. GO; § 45 Nieders. GO; § 28 GO Nordrh.-Westf.; § 28 GO Schlesw.-Holst.

vorbehalten hat, diese also nicht übertragbar sind, liegt m.E. hier tatsächlich ein Verfahrensmangel vor[1].

Die Frage nach der Qualität des Mangels beim Handeln entgegen der Willensbildung braucht jedoch nicht endgültig entschieden zu werden. Ein Blick auf die dem Rat vorbehaltenen Sachgebiete, bei denen die Gemeinde nach außen auftritt, zeigt, daß es sich hier niemals um Einzelakte in Beziehung auf den der Gemeinde gegenübertretenden Bürger handelt. Die Festsetzung von Tarifen und Abgaben ist Gesetzgebung und gehört schon deswegen nicht zum Begriff der "Vertretung nach außen" im eigentlichen Sinne[2]. Der Beitritt zu Verbänden und die Beauftragung des Rechnungsprüfungsamts gehört sachlich ebenfalls nicht zu diesem Begriff. Es handelt sich vielmehr hierbei um die verwaltungsmäßige Verknüpfung der Gemeinde mit staatlichen bzw. übergemeindlichen Verwaltungsaufgaben.

In beiden Fällen muß das Verfahren der Willensbildung streng eingehalten werden. Ein Verstoß hiergegen macht die Handlung (den Erlaß von Tarifen, den Beitritt zu einem Zweckverband, die Beauftragung des Rechnungsprüfungsamts) ungültig.

---

1) So wohl auch Forsthoff wie zuvor; Fleiner: Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, Neudruck der 8. Auflage Tübingen 1928, Aalen 1960, S. 204 Anm. 71; a.A.: Wolff: Verwaltungsrecht a.a.O. § 51 IV b 4, OVG Münster OVGE 11/5.

2) Vgl. oben § 5.

§ 7 Fehlerhafte Handlungen bei abgeleiteter Organmacht.

Verstöße gegen die innerkörperschaftliche Willensbildung (Handeln ohne oder entgegen einem Ratsbeschluß) stellen beim Handeln unmittelbarer Organe die einzigen Fehlerquellen dar, die deren Organbefugnis zu berühren vermögen[1]. Bei mittelbarer Organschaft ist es dagegen nicht nur möglich, daß der Handelnde die Regeln der innerkörperschaftlichen Willensbildung verletzt, sondern auch, daß dieser außerhalb eines ihm übertragenen Aufgabengebiets[2], oder entgegen einer Weisung des Hauptvertretungsorgans[3] handelt.

1. Das Handeln des mittelbaren Organs ohne oder entgegen einem Ratsbeschluß, jedoch innerhalb des übertragenen Aufgabengebiets:

a) Lösung des Problems aus dem Begriff des Mandats: Nach der hier vertretenen Auffassung handelt es sich bei der Beauftragung eines Verwaltungsangehörigen durch das Hauptvertretungsorgan um ein Mandat im Rechtssinne[4]. Mandat bedeutet, daß der Beauftragte in die Rechtsstellung des Hauptvertretungsorgans im Bereich des ihm übertragenen Wirkungskreises einrückt. Dieser ersetzt personell den mit unmittelbarer Organmacht ausgestatteten Organschaftsträger.

---

1) Vgl. oben § 6

2) Beispiel: Der mit der Verwaltung gemeindeeigener Grundstücke betraute Beamte (Leiter des Liegenschaftsamts) erläßt für eine Ortsstraße eine Verkehrsbeschränkung.

3) Beispiel: Der Leiter des Liegenschaftsamts ist vom Bürgermeister angewiesen, im Gemeindewald geschlagenes Holz in öffentlicher Versteigerung zu verkaufen. Der Beamte verkauft das Holz an eine Möbelfabrik, ohne eine Versteigerung anzusetzen.

4) Vgl. oben S. 41 ff.

Das bedeutet, daß die Vertretungshandlung bei abgeleiteter Zuständigkeit so angesehen werden muß, als handle das unmittelbare Organ selbst. Nicht das Organ als Vertretungsinstitution ändert sich, sondern allein der Träger der Organschaft.

Dies wirkt sich am Beispiel gezeigt folgendermaßen aus:

Ist - wie nach der GO Bad.-Württ., Bayern, Hessen und Rheinl.-Pfalz - die mittelbare Organmacht beim Bürgermeister konzentriert und erteilt der Bürgermeister selbst etwa eine Wegekonzession, so wird tätig die Institution "Der Bürgermeister", personell besetzt durch den "Bürgermeister X". Beauftragt Bürgermeister X den Ratschreiber Y mit der Bearbeitung und Erteilung von Wegekonzessionen und erteilt der Ratschreiber eine solche, so wir ebenfalls die Institution "Der Bürgermeister" tätig, in diesem Falle in der Besetzung durch den "Ratschreiber X".

Ist dies so, dann berührt auch bei mittelbarer Organmacht der fehlende Beschluß des Rats nur die Organbefugnis, nicht aber die Organmacht. Dies muß so sein, weil m.E. die Organmacht an die Institution "Der Bürgermeister" gebunden ist und nicht an den wechselnden Träger der Organschaft. Auch der mit abgeleiteter Zuständigkeit betraute Organschaftsträger darf nicht entgegen oder ohne Beschluß des Gemeinderats handeln, aber er kann in gleichem Umfang handeln wie das Hauptvertretungsorgan, von dem er seine Organmacht ableitet und das er ersetzt. Die für die Scheidung von Organbefugnis und Organmacht bei unmittelbarer Organschaft entwickelten Grundsätze gelten sonach in vollem Umfang auch für das Handeln bei abgeleiteter Zuständigkeit, soweit nur der Beauftragte innerhalb des ihm übertragenen Aufgabengebiets bleibt.

b) Sonderfälle nach den Bestimmungen der Gemeindeordnungen:

aa) Der Gemeindedirektor in Nordrhein-Westfalen[1]: § 55 GO Nordrh.-Westf. hat, abweichend von der früheren Regelung der rev. DGO[2] bestimmt, daß die dem Rat zukommende Organmacht als auf den Gemeindedirektor übertragen gilt, soweit nicht der Rat etwas anderes bestimmt hat. Auf Grund dieser gesetzlichen Vermutung ist der Gemeindedirektor im Normalfall der gesetzliche Vertreter der Gemeinde; ersetzt also in diesen Fällen den Gemeinderat in vollem Umfang[3]. Da die Organmacht des Gemeindedirektors grundsätzlich als vom Rat abgeleitet gilt, ist er trotz umfassender Vertretungsmacht mittelbares Organ [4]. Die Fälle, in denen der Gemeindedirektor außerhalb seines Aufgabenbereichs und damit seiner Zuständigkeit handeln kann, beschränken sich aber auf Aufgaben, die ihm vom Rat ausdrücklich entzogen sind. Die Rechtsstellung des Gemeindedirektors nähert sich damit in Wirklichkeit der eines unmittelbaren Organs, weil der Entzug der Organmacht an einen öffentlich bekanntzumachenden Beschluß des Rats gebunden ist.

bb) Der Bürgermeister in Schleswig-Holstein[5]: Die Gemeindeordnung von Schleswig-Holstein trifft in § 71 Abs. 2 die Bestimmung, daß der Bürgermeister den Magistrat "vertrete". Der Begriff der Vertretung kann hier nur so gemeint sein, daß der Bürgermeister in die Rechtsstellung des Magistrats einrücke, dessen

---

1) Vgl. oben § 3 unter B)

2) Vgl. hierzu Köttgen: Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis a.a.O. S. 370.

3) Vgl. Odenbreit a.a.O. S. 329 ff; Köttgen: Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis a.a.O. S.375 f; OLG Köln: Beschluß v. 12.8.1960 = DVBl. 60/816.

4) So ausdrücklich: Verf. GH von Nordrh.-Westf., Urteil vom 28.8.1954 = DÖV 55/248.

5) Vgl. oben § 3 unter F).

Willenserklärungen also durch seine ersetze. Daraus ergibt sich zweierlei. Einmal wird dem Magistrat, der gemäß § 61 der GO Schlesw.-Holst. der gesetzliche Vertreter ist, die Befugnis zur eigenen Ausführung seiner Beschlüsse entzogen. Zum anderen ist klargestellt, daß die Vertretungsmacht des Magistrats ohne Einschränkung auf den Bürgermeister übertragen ist. Auch der Bürgermeister in Schleswig-Holstein ist sonach mittelbares Vertretungsorgan. Seine Organbefugnis ist aber nicht nur von einem Beschluß des Gemeinderats, sondern darüber hinaus von einem gleichlautenden Beschluß des Magistrats abhängig. Seine auf Grund gesetzlicher Vermutung auf ihn übertragene Organmacht wird durch diese doppelte Einschränkung der Organbefugnis jedoch nicht berührt. Die Organmacht ist zwar abgeleitet, aber unentziehbar.

cc) Bürgermeister und Gemeindedirektor in Hessen und Niedersachsen:

Die Magistratsverfassungen von Hessen und Niedersachsen kennen keine Ersetzung des Magistrats durch den Verwaltungsleiter auf Grund gesetzlicher Vermutung. Beide Verfassungen bezeichnen es als Aufgabe des Bürgermeisters (in Hessen) bzw. des Gemeindedirektors (in Niedersachsen) die Beschlüsse des Magistrats "auszuführen". Hierin liegt im Zusammenhang mit der ausdrücklichen Bestimmung, daß der Magistrat gesetzlicher Vertreter der Gemeinde ist, die Anordnung einer Vertretung in der Erklärung. Eine echte organschaftliche Vertretungshandlung liegt daher nur vor, wenn der Gemeindedirektor einen ergangenen Magistratsbeschluß ausführt. Der Magistrat bleibt nach wie vor das Vertretungsorgan der Gemeinde. Trotz der Ausführung durch den Gemeindedirektor handelt im Rechtssinne der Magistrat. Fehlt

ein Magistratsbeschluß, so handelt der Gemeindedirektor außerhalb seines Zuständigkeitsbereichs und damit ohne Organmacht[1].
Auch die unechten Magistratsverfassungen von Hessen und Niedersachsen lassen es jedoch zu, daß bestimmte Angelegenheiten auf den Bürgermeister bzw. den Gemeindedirektor übertragen werden[2]. In diesem Fall wird er als beauftragtes Organ tätig, mit der Wirkung, daß alle in den übertragenen Aufgabenbereich fallende Handlungen innerhalb der ihm überlassenen Organmacht liegen. Beschlüsse des Magistrats und Gemeinderats berühren in diesem Falle nur die Organbefugnis[3].

Abgesehen hiervon kennt die Niders. GO noch eine besondere Vertretungsregelung für bürgerlich rechtliche Rechtsgeschäfte[4]. Auf diesem Gebiet wird die Gemeinde vom Bürgermeister oder dessen Vertreter und dem Gemeindedirektor oder dessen allgemeinem Vertreter vertreten. Es handelt sich sonach um eine Gesamtvertretung. Einzelhandlungen des Bürgermeisters oder des Gemeindedirektors liegen außerhalb der auf Grund Gesetzes übertragenen Organmacht[5].

2) Handeln des mittelbaren Organs außerhalb des ihm übertragenen Aufgabengebiets:
Der Umfang der heute den Gemeinden übertragenen Aufgaben macht es notwendig, daß insbesondere in Städten Beamte und Angestellte mit einem geschlossenen Aufgabenkreis betraut werden. Diese Möglich-

---

1) Vgl. Lindemann a.a.O. Anm. 1 zu § 62 GO; Muntzke - Schlempp a.a.O. Anm. 1 zu § 70 GO; BGH: Urteil vom 14.7.1956 = DVBl. 57/24.

2) Vgl. hierzu als Beispiel § 62 Abs. 1 Satz 3 Nieders. GO.

3) Vgl. hierzu die Ausführungsbestimmungen Nr. 1 zu § 62 Nieders. GO, veröffentlicht bei Lindemann a.a.O. bei § 62.

4) Vgl. § 68 Nieders. GO.

5) Vgl. Lindemann a.a.O. Anm. 4 zu § 68 GO.

keit der Übertragung ganzer Gebiete vom Hauptvertretungsorgan auf untergeordnete Organe ist dementsprechend auch in sämtlichen Gemeindeordnungen vorgesehen. Dabei muß an dieser Stelle noch einmal darauf hingewiesen werden, daß für die Wirksamkeit der von den mittelbaren Organen vorgenommenen Handlungen nach außen nicht die bloße Übertragung eines Aufgabengebiets zur Bearbeitung genügt, vielmehr muß die Organmacht zur Vertretung der Gemeinde ausdrücklich übertragen werden[1].

Mit der Möglichkeit ganze Aufgabengebiete auf nachgeordnete Organe zu übertragen, erhebt sich die Frage nach den Folgen eines Überschreitens der Gebietsgrenzen. Die Lösung dieser Frage ergibt sich auch hier aus dem Mandatsverhältnis zwischen Hauptvertretungsorgan und Beauftragten im Triepel'schen Sinne[2]. Während im Verhinderungsfalle der Beigeordnete allgemein in die Rechtsstellung des Hauptvertretungsorgans einrücken kann, wechselt bei der Beauftragung der Organschaftsträger nur soweit der Auftrag reicht. Diese Rechtsfolge wird durch die Überlegung gestützt, daß dem Beauftragten neben der Geschäftsverteilung ausdrücklich das Recht zur Vertretung der Gemeinde verliehen werden muß. Dies bedeutet aber nichts anderes, als daß Organmacht nur soweit übertragen wird, als die Beauftragung reicht.

---

1) Vgl. oben S.43.
Eine saubere Trennung findet sich beispielsweise in den Dienstvorschriften der Stadt Stuttgart (DV der Stadt Stuttgart, herausgegeben vom Bürgermeisteramt der Stadt Stuttgart, 2. Auflage 1957). Dort ist die Übertragung der Aufgaben zur Bearbeitung im Dienstverteilungsplan, die Übertragung der Organmacht zur Vertretung in der Zuständigkeitsordnung geregelt.

2) Vgl. oben S: 41 ff.

Soweit das mittelbare Organ daher außerhalb eines ihm auf Grund Gesetzes oder Auftrages überwiesenen Sachgebiets handelt, ist das Handeln nicht organschaftlich. Der Handelnde wird nicht als Teil der Körperschaft tätig. Er überschreitet demgemäß nicht nur seine Organbefugnis, sondern zugleich seine Organmacht[1].

a) Rechtsfolgen beim Handeln auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts:

Wird das mittelbare Organ auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts außerhalb seinem Aufgabengebiet tätig, so handelt es als vollmachtloser Vertreter. Die Tatsache, daß Handelnder ein Gemeindebediensteter (Beamter oder Angestellter) ist, vermag hieran nichts zu ändern. Die Rechtslage ist dieselbe wie beim Handeln eines außenstehenden Dritten ohne Vollmacht.

Schließt das mittelbare Organ außerhalb seiner Organmacht Verträge ab, so sind diese schwebend unwirksam. Werden die Verträge von zuständigen Vertretungsorganen genehmigt, werden sie rückwirkend wirksam. Wird ihnen die nachträgliche Genehmigung versagt, so bleiben sie gegenüber der Gemeinde ohne Rechtswirkung (§ 177 ff BGB). Bei einseitigen Rechtsgeschäften gilt § 180 BGB, wonach eine Vertretung ohne Vertretungsmacht unzulässig ist. Das Rechtsgeschäft ist in diesem Fall von Anfang an unwirksam, es sei denn, der Partner sei mit dem Handeln des Unzuständigen einverstanden[2].

---

1) Ebenso: Walz: Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis S. 266 f; Kunze - Schmid § 53 I 6.

2) Vgl. hierzu BGHZ 6/330 ff; RG in Seuff. Arch. 82/Nr. 57; RGZ 162/129. Diese Entscheidungen gehen allerdings davon aus, daß schon bei Überschreitung der Vertretungsbefugnis die §§ 177 ff BGB entsprechend anwendbar seien.

b) Rechtsfolgen beim Handeln auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts:

Handelt das mittelbare Organ auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts außerhalb seines Aufgabenbereichs, so sind die Vorschriften der §§ 177 ff BGB entsprechend anwendbar, soweit es sich um Aufgaben handelt, bei denen die Gemeinde als gleichgeordneter Partner auftritt und nicht über hoheitliche Rechte und Pflichten verfügt; also insbesondere beim Abschluß eines öffentlich rechtlichen Vertrages[1].

Hoheitliches Handeln außerhalb der Vertretungsmacht ist fehlerhaft. Dies ist unbestritten[2]. Ungeklärt ist dagegen, ob der Zuständigkeitsmangel den Verwaltungsakt nichtig oder lediglich anfechtbar macht. Diese Frage ist nach den im allgemeinen Verwaltungsrecht für den fehlerhaften Verwaltungsakt entwickelten Grundsatz zu lösen. Auf den hier bestehenden Theorienstreit kann im Rahmen dieser Arbeit jedoch nicht im einzelnen eingegangen werden[3].

Der Bundesgerichtshof geht in seiner schon mehrfach zitierten Entscheidung[4] davon aus, daß der Zuständigkeitsmangel des für eine Behörde Handelnden einen so schweren Mangel des Verwaltungsakts

---

1) Beispiel: Konzessionsvertrag zwischen Gemeinde und Straßenbahnunternehmen über wegerechtliche Sondernutzung (nicht jedoch "Genehmigung" der Sondernutzung).

2) Vgl. Göbel a.a.O. Erl. 3 zu § 42 GO; Kunze - Schmid: Erl. 7 zu § 42 GO; Hölzl a.a.O. Anm. 2 b zu Art. 38 GO; Helmreich - Widtmann a.a.O. Anm. 8 zu Art. 38 GO; Odenbreit a.a.O. S. 350; Surén - Loschelder a.a.O. Erl. 4 zu § 35 GO.

3) Vgl. hierzu die bei Eyermann - Fröhler: Kommentar zur VwGO 3. Auflage 1962, Anhang I zu § 42 VwGO und im Urteil des OVG Münster: EVGE Münster 11/10 gegebene Übersicht.

4) BGH Urteil vom 14.7.1956 = DVBl. 57/24 ff.

darstelle, daß dieser als nichtig zu betrachten sei[1]. Diese Meinung hat insbesondere von Ule[2] Kritik erfahren. Die von Ule entwickelte Evidenztheorie sieht den Verwaltungsakt nur dann als nichtig an, wenn der Mangel offenkundig ist. Diese Meinung ist jedoch als zu eng abzulehnen[3]. Gerade beim echten Zuständigkeitsmangel liegt es im Interesse der Rechtssicherheit und der Gesetzmäßigkeit hoheitlichen Handelns, daß der Bürger durch ein nicht organschaftliches Handeln weder berechtigt noch verpflichtet wird. Es wäre auch eigenartig, wenn die Gemeinde gezwungen wäre, hoheitliches Handeln aufzuheben, das rechtlich gar nicht von ihr stammt; oder bei begünstigten Verwaltungsakten diese sogar unter Umständen gegen sich gelten zu lassen[4]. Man wird daher mit der überwiegenden Meinung davon auszugehen haben, daß das Handeln ohne Organmacht auf hoheitlichem Gebiet von Anfang an unwirksam ist, da das Handeln der Körperschaft als eigene gar nicht zugerechnet werden kann[5].

3) Das Handeln des mittelbaren Organs innerhalb des übertragenen Aufgabenkreises, jedoch gegen eine erteilte Weisung:
Handelt ein mittelbares Organ gegen die Weisung des unmittelbaren, so gilt ähnliches, wie wenn es ohne oder gegen einen Ratsbeschluß handeln würde. Sobald der Beauftragte in die Organstellung des überge-

---

1) Ebenso Forsthoff a.a.O. S. 216.

2) Ule in DVBl. 57/26; derselbe in "Recht, Staat und Wirtschaft", III S. 260; ebenso Bender: Der nichtige Verwaltungsakt, DVBl. 53/33, OVG Münster Urteil vom 9.3.1956, DVBl. 57/22.

3) Ebenso Eyermann - Fröhler wie zuvor, Anhang zu § 42 VwGO, RNr. 2.

4) Man denke beispielsweise an den Fall, daß ein nicht zuständiger Beamter eine Baugenehmigung trotz bestehendem Naturschutz im Baugebiet erteilt und der Bürger vor Entdeckung des Mangels den Bau vollendet hat.

5) Vgl.hierzu die bei Eyermann - Fröhler wie zuvor, Anhang zu § 42 VwGO RNr. 3 und 5 zitierte Rechtssprechung und Literatur.

ordneten Organs eingerückt ist, nimmt er dessen Organmacht ohne Einschränkung wahr. Die Bindung an die Weisung des übergeordneten Organs kann also nichts anderes sein, als eine weitere Regelung der innerkörperschaftlichen Willensbildung.

Eigenartigerweise wird auch von denjenigen, die die Willensbildung durch den Gemeinderat als Einschränkung der Vertretungsmacht ansehen[1], die Meinung vertreten, daß die Weisung des übergeordneten Organs lediglich innerkörperschaftliche Wirkung habe. Diese Unterscheidung ist nicht einleuchtend, denn in beiden Fällen handelt es sich um die Trennung von Willensbildung und Vertretung nach außen. Auch von der Rechtssicherheit her gesehen ist die Sachlage die gleiche. Ob nach dem Gesetz ein Gemeinderatsbeschluß notwendig ist, oder ob die Handlung des Beauftragten an eine Weisung gebunden ist, wird der Bürger im allgemeinen nicht feststellen können. Auch aus diesem Grunde ist es gerechtfertigt, wenn die Verletzung der für die Willensbildung gegebenen Vorschriften keine Wirkung nach außen entfaltet. Entscheidend bleibt, daß der Organschaftsträger die gesamte Rechtsstellung des übergeordneten Organs übertragen erhält, mit anderen Worten, daß ihm ein Zuständigkeitsbereich überlassen wird.

---

1) Vgl. oben S. 76 Anm. 2. Einzige Ausnahme: Kunze - Schmid a.a.O. § 53 I 6: Kunze - Schmid ist zwar der Auffassung, daß die dienstliche Weisung das Außenverhältnis berühre, zugleich soll jedoch der Rechtsgedanke des § 171 II BGB entsprechende Anwendung finden, da "der Außenstehende sich auf das Fortgelten einer getroffenen Zuständigkeitsordnung" solle berufen können. In der praktischen Auswirkung kommt daher Kunze - Schmid zum gleichen Ergebnis (vgl. hierzu auch Surén - Loschelder, Erl. 4 zu § 35 DGO).

Wird dagegen nur zur Abgabe einer Willensbildung mit bestimmtem Inhalt ermächtigt, so handelt es sich rechtlich um eine Vertretung in der Erklärung. Allein in diesem Fall berührt die Weisung die Organmacht, weil der Handelnde dann nicht den Organschaftsträger ersetzt, sondern für diesen lediglich als Sprachrohr tätig wird. Sein Handeln gegen Weisung ist Handeln ohne Organmacht. Wird der mit der Abgabe einer Erklärung Beauftragte anders tätig, als ihm dies aufgetragen ist, so handelt er als vollmachtloser Vertreter, soweit die Aufgabe dem bürgerlichen Recht unterfällt. Auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts treten die gleichen Folgen ein, wie beim Handeln des Beauftragten außerhalb des übertragenen Aufgabenkreises[1]. Also: Vertretung ohne Vertretungsmacht (§§ 177 ff BGB), soweit die Gemeinde als gleichgestellter Partner auftritt und nicht über hoheitliche Rechte und Pflichten verfügt; Fehlerhaftigkeit des Handelns, soweit dieses einen hoheitlich geregelten Gegenstand betrifft.

---

1) Vgl. oben, S. 86 ff.

III. Teil

Die Rechtswirkungen der Vertretung bei Formmängeln.

1. Kapitel

Die Formvorschriften in der Geschichte des Gemeinderechts.

§ 8 Die Formvorschriften in den Gemeindeverfassungsgesetzen bis zum Jahre 1934.

1. Voraussetzungen der Formvorschriften:

Sowohl im öffentlichen wie im privaten Recht gilt der Grundsatz, daß Handlungen ihrer Natur nach nicht an bestimmte Formen geknüpft sind[1]. Soweit daher im Rechtsleben Formerfordernisse bestehen, handelt es sich um Ausnahmen, die zu ihrer Wirksamkeit einer ausdrücklichen gesetzlichen Vorschrift bedürfen. Lünenbürger[2] will diesen Grundsatz unter Berufung auf Kormann[3] nur für das Zivilrecht gelten lassen und meint, im öffentlichen Recht ergebe sich ein Formzwang "oft indirekt aus sonstigen Bestimmungen". Sollte hiermit die Anordnung einer bestimmten Form durch Dienstanweisung oder Verwaltungsübung gemeint sein, so würde dies

---

1) Vgl. für das Privatrecht: Enneccerus-Nipperdey a.a.O. § 154; für das Gemeinderecht RG in JW 28/786, Lünenbürger a.a.O. S. 123 Anm. 1. Der Grundsatz der Formfreiheit ist nicht selbstverständlich, noch nach ALR. (I 5 § 131) bestand für Verträge über 50 Taler in Silber-Courant das Erfordernis der Schriftlichkeit. Seit der Entscheidung des BGB für die Formfreiheit wird diese jedoch auf sämtlichen Rechtsgebieten als Regel anerkannt.

2) a.a.O. S. 123 Anm. 2

3) System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte 1910 S. 180.

eine falsche Gleichsetzung von Rechtsregel und Ausnahme mit Regel und Ausnahme in der tatsächlichen Handhabung bedeuten. Die besonderen Erfordernisse der öffentlichen Verwaltungspraxis zwingen zwar dazu, daß viele Handlungen schriftlich, also in einer bestimmten Form vorgenommen werden. Damit ist aber über das rechtliche Erfordernis der Schriftlichkeit nichts gesagt. Letztere muß nach wie vor an eine spezielle Norm geknüpft sein.

Formvorschriften sind auf allen Gebieten vorhanden. Soweit sie dem Zivilrecht angehören, sollen sie in der Folge unberücksichtigt bleiben, obwohl sie auch für das gemeindliche Handeln von Bedeutung sind[1]. Ihre Auswirkungen richten sich allein nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts und werden nicht dadurch berührt, daß die Gemeinde eine öffentlich rechtliche Körperschaft ist[2].

2. Entstehung besonderer Formen im Gemeinderecht:

Die auf dem Gebiete des Gemeinderechts speziell interessierende Formvorschrift betrifft die Unterstellung der Verpflichtungserklärung der Gemeinde unter bestimmte Formerfordernisse. Daß Verpflichtungserklärungen der Gemeinde einer besonderen Form bedürfen, wurde erstmals in dem § 56 Ziff. 8 Preuß. StädteO. 1853 und § 88 Nr. 7 Preuß.LGO 1891 gesetzlich bestimmt. Diese Vorschriften sahen vor, daß Urkunden, in denen die Gemeinde Verpflichtungen übernimmt, die Unterschrift des Bürgermeisters und eines Magistratsmitglieds bedürfen, und daß eine etwa für das Rechtsgeschäft erforderliche Genehmigung der Aufsichtsbehörde in der Urkunde angeführt wird. Darüber hinaus war vorgesehen,

---

1) Vgl. etwa die Regelung des § 313 BGB, die für Grundstücksgeschäfte auch der Gemeinde voll Anwendung findet.

2) Auch die Gemeinde kann sich z.B. zur Übertragung eines Grundstücks nur unter Beobachtung der in § 313 BGB vorgeschriebenen Form verpflichten.

daß der Erklärungsempfänger eine beglaubigte Abschrift der Urkunde erhalten müsse. § 88 Ziff. 7 LGO verlangte zusätzlich die Siegelung der Urkunde[1].

In der Folgezeit wurden Bestimmungen gleichen oder zumindest ähnlichen Inhalts, meist in Anlehnung an die Bestimmungen des Preußischen Gemeindeverfassungsrechts[2], in fast alle Gemeindeverfassungen des damaligen Deutschen Reiches übernommen. Als die DGO vom 30.1.1935 erlassen wurde, wurden hierdurch 14 landesrechtliche Gemeindeordnungen, die weitgehend ähnliche Formvorschriften enthielten, ersetzt. Unterschiede ergaben sich danach nur insoweit, als die Zahl der notwendigen Unterschriften, bedingt durch die unterschiedliche Organisation der einzelnen Gemeindeverfassungen, verschieden war und nur noch in wenigen Vorschriften die Siegelung und Beifügung des der Willenserklärung zugrunde liegenden Beschlusses verlangt wurde[3].

3. Hauptprobleme der gemeindlichen Formvorschriften nach der Rechtssprechung des Reichsgerichts:

Bei der geschilderten Gesetzeslage entstanden in der Praxis hauptsächlich zwei Rechtsfragen, die in Wissenschaft und Rechtssprechung heftig umstritten waren. Diese Problematik hat auch heute noch ihre Bedeutung. Die erste Frage ging dahin, ob seit dem Erlaß des Bürgerlichen Gesetzbuches die Formvorschriften als Bestimmungen landesrechtlicher Gemeindeordnungen gegen Art. 55 EGBGB verstoßen und damit außer Kraft sind, soweit die Handlungen auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts liegen. Zum

---

1) Vgl. Lünenbürger a.a.O. S. 125; Brintzinger: Schlesw. Holst. Anzeigen, 1961, Teil A, Nr. 12.

2) § 88 IV Nr. 7 Abs. 2 Preuß. LGO 1898; § 56 Nr. 8 Preuß. StädteO. 1853.

3) Vgl. die ins einzelne gehende Tabelle bei Golsen: Bank-Archiv 1930, S. 207 ff, 343 ff.

anderen war offen, welche Rechtswirkungen sich aus einem Verstoß gegen die Formvorschriften ergaben, falls die Gültigkeit landesrechtlicher Formvorschriften trotz Art. 55 EGBGB zu bejahen war.

Was die Frage der Vereinbarkeit landesrechtlicher Formvorschriften auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts mit Art. 55 EGBGB angeht, so hat sich gegen die überwiegend in der Literatur vertretende Meinung [1] die Auffassung des Reichsgerichts durchgesetzt, bei den Formvorschriften für Verpflichtungserklärungen im Gemeinderecht handle es sich nicht nur um bloße Formvorschriften, sondern durch sie werde zugleich die materielle Vertretungsmacht des zur Vertretung berechtigten "gesetzlichen Stellvertreters" der Gemeinde beschränkt. Dieser Grundsatz wurde vom Reichsgericht erstmals in seinem Urteil vom 4. Dez.1906 zu § 88 Nr. 7 Abs. 2 Preuß. LGO[2] ausgesprochen und seit der grundlegenden Entscheidung zur gleichen Vorschrift in JW 1905 S. 446 und insbesondere in RGZ 67/269[3]

---

1) vgl. Überblick bei Richter: RuPrVerwBl. 1931 (Band 52) S. 686 ff.

2) RGZ 64/411 (413: "Die Art der Organisation der juristischen Person ist als nicht dem Privatrecht, sondern dem öffentlichen Recht angehörig anzusehen und den Landgemeinden überlassen. Diese haben zu bestimmen, in welcher Weise die öffentlich rechtliche Person durch Willensorgane zu vertreten sind und in welcher Weise diese Organe mit verbindlicher Kraft für die von ihnen vertretene Körperschaft ihre Erklärungen abzugeben haben. Die darüber gegebenen landesgesetzlichen Vorschriften bilden den Rahmen der Vertretungsmacht. Erklärungen, die von gesetzlichen Vertretern in anderer Form abgegeben werden, als das Gesetz vorschreibt, liegen, weil außerhalb des Gesetzes, außerhalb der dem Vertreter zustehenden Vertretungsmacht".

3) S. 271: "Die im BGB im Prinzip eingeführte Formfreiheit der Verträge ist für die Anwendung der Bestimmung des § 88 LGO bedeutungslos; denn diese Bestimmung ist keine durch das BGB abgeänderte bloße Formvorschrift, sondern die regelt ... materiell die Vertretungsmacht des Gemeindevorstehers der Gemeinde gegenüber".

ständig wiederholt[1].

Diese Auffassung hat das Reichsgericht jedoch erst vertreten, nachdem wegen Art. 55 EGBGB die Gültigkeit kommunaler Formvorschriften in Frage gestellt war. Noch in seinem Urteil in RGZ 50-23 ff hat das Reichsgericht einen völlig gegensätzlichen Standpunkt eingenommen und die in den Gemeindeverfassungen enthaltenen Formvorschriften als "reine Formvorschriften" bezeichnet[2]. Die Entscheidungen des Reichsgerichts betrafen in der Mehrzahl Formvorschriften der Preußischen Gemeindeverfassungsgesetze[3]; stets jedoch Vorschriften, die eine Unterzeichnung der formbedürftigen Willenserklärung durch zwei oder mehrere Personen vorsahen.

4. Einschränkung der Formbedürftigkeit durch das Reichsgericht:

Da die strenge Durchführung des vom Reichsgericht aufgestellten Grundsatzes der Formbedürftigkeit die Vielzahl der Geschäfte des täglichen Lebens wesentlich erschwerte, die einer so weitreichenden Sicherung gar nicht bedurften, sah sich das Reichsgericht bald zu einer Abschwächung seiner Rechtssprechung gezwungen. Die wichtigste Ausnahme

---

1) Vgl. RGZ: 64/414, 67/269, 68/409, 73/205, 82/8 116/248, 127/226, 129/402, 139/58, 146/42; RG in JW 1905/446, 1908/118, 1911/749, 1912/96 und 925, 1916/677, 1922/392, 1928/1937; RG in Recht 18/376.

2) Vgl. a.a.O. S. 27: "Daß aber die in Rede stehende Vorschrift der LGO wirklich eine die Form der Verpflichtung bestimmende Vorschrift ist und nicht eine die Handlungsfähigkeit der Landgemeinden oder ihrer gesetzlichen Vertreter beschränkende Norm sein will, ist nach Fassung und sachlichem Inhalt der Vorschrift ... unzweifelhaft."

3) § 88 IV Nr. 7 Abs. 2 Preuß. LGO (1898), § 56 Nr. 8 Preuß. StädteO. (1853), § 81 Preuß. Prov.O (1875), § 137 III Preuß. KreisO, Preuß. Gesetz über die Vermögensverwaltung in den kath. Kirchengemeinden (1875).

betraf die sogenannten Geschäfte der laufenden Verwaltung, die seit dem Erlaß des § 3 der 2. DVO zur DGO als Ausnahmetatbestand in die Gemeindeverfassungen übernommen wurde[1]. Der Grundsatz, daß Geschäfte der laufenden Verwaltung nicht der Formbedürftigkeit unterfallen, wurde vom Reichsgericht in seinem Urteil vom 5.7.1912[2] erstmals entwickelt und in späteren Entscheidungen stets aufrecht erhalten[3]. Unter Geschäften der laufenden Verwaltung verstand das Reichsgericht jene, die zur Durchführung des Haushaltsplanes ohne Gemeinderatsbeschluß im Einzelfall vom Gemeindevorstand allein vorgenommen werden durften[4].

Eine weitere Ausnahme von der Formbedürftigkeit machte das Reichsgericht für Willenserklärungen, die auf Grund einer dem Formerfordernis entsprechenden Vollmacht abgegeben wurden. Das von einem ordnungsmäßig Bevollmächtigten abgeschlossene Rechtsgeschäft hielt das Reichsgericht für formlos gültig, da nach seiner Auffassung durch die Formvorschriften lediglich die unmittelbar auf der Gemeindeverfassung beruhende Vertretungsmacht beschränkt werden sollte. Dieser Beschränkung sollte genügt sein, wenn die Bevollmächtigung, als einer Übertragung von Zuständigkeiten, der Form entsprechend vorgenommen wurde. In diesem Falle sollte dann das Geschäft selbst nicht mehr dem Formerfordernis unterstehen[5]. Auch diese Ausnahme wurde von den Gesetzgebern der heute geltenden Gemeindeverfassungen zum Teil direkt

---

1) Vgl. hierzu unten: § 11 (S. 112 ff).

2) JW 1912/925 f.

3) Vgl. die in RGZ 139/63 zitierten Entscheidungen.

4) Wegen dem auf der Grundlage der geltenden Gemeindeverfassungen heute gültigen Begriffe vgl. unten § 11 Ziff. 2.

5) Vgl. RGZ 123/360, 146/47.

in die gesetzliche Fassung der Formvorschriften übernommen[1].

Eine weitere Ausnahme findet sich in RG.JW. 1925/2439[2]. Das Reichsgericht hat in dieser Entscheidung zu § 56 Preuß. StädteO. ausgeführt, daß es genüge, wenn der Magistrat "in corpore" einen gefassten Beschluß in der Form des § 56 Preuß. StädteO. errichte. Ausreichend sollte in diesem Falle die formlose Bekanntmachung des Beschlusses an den Dritten sein. Das Reichsgericht hat dabei jedoch, worauf Helfritz[3] zutreffend hinweist, anscheinend übersehen, daß ein Beschluß des Magistrats, soweit dieser in seiner Gesamtheit tätig wird, gemäß § 56 Preuß. StädteO., ohnehin nicht dem Formerfordernis unterfällt. Abgesehen hiervon geht aber auch die weitere Begründung des Reichsgerichts fehl. Es war stets unbestritten, daß etwa ein Vertrag nicht schon durch den Beschluß des zuständigen Organs einer Körperschaft abgeschlossen wird, sondern erst durch die dem Vertragspartner zugehende Willenserklärung[4]. Soll aber die Form im Verhältnis zum Vertragspartner Wirkung entfalten, so muß sie sich notwendigerweise auf diese Willenserklärung, nicht aber auf den internen Akt der Willensbildung beziehen. Nachdem in den geltenden Gemeindeverfassungen nirgends mehr vorgesehen ist, daß Beschlüsse eines Kollegialorgans zu ihrer Umsetzung einer Form bedürfen, kommt dieser Entscheidung, ganz abgesehen von ihrer rechtlich bedenklichen Begründung, keine Bedeutung mehr zu.

---

1) Vgl. etwa § 54 Abs. 4 GO Bad.-Württ.

2) Ebenso RAGE 11/365.

3) JW 1925/2439.

4) Vgl. Helfritz wie zuvor.

5. Stellungnahme der Literatur und Rechtssprechung:

Die dargestellte vom Reichsgericht entwickelte Auffassung hat von Anfang an in Rechtssprechung und Literatur heftig Kritik ausgelöst. Bis zum Erlaß der Deutschen Gemeindeordnung vom 30.1.1935 haben sich nur wenige Stimmen in der Literatur der Auslegung des Reichsgerichts angeschlossen[1].

Bekämpft wurde die Ansicht des Reichsgerichts mit verschiedenen Argumenten. Einmal wurde die Meinung vertreten[2], die Formvorschriften beträfen nur Sachverhalte, bei denen sich die zur Vertretung zuständigen Organe aus irgend welchen Gründen zu einem schriftlichen Vertragsabschluß entschlossen hätten. Begründet wurde diese Ansicht im wesentlichen mit dem ursprünglichen Wortlaut der Preuß. Gemeindeverfassungsgesetze[3], in denen es in fast wörtlicher Übereinstimmung hieß:

"Urkunden über Rechtsgeschäfte, welche die Gemeinden (Städte) gegen Dritte verbinden sollen ... müssen im Namen der Gemeinde vom ... unterschrieben und mit dem Gemeindesiegel versehen sein".

Obwohl nun aber die nach dem Jahre 1900 erlassenen Gemeindeordnungen nicht mehr nur die "Unterzeichnung von Urkunden" vorsehen, sondern die Willenserklärungen der Gemeinde einer bestimmten Form unterwarfen, wurde gleichwohl weiterhin die aus der ehemaligen Fassung entnommene Begründung aufrecht erhalten.

---

1) Vgl. Örtel: Die StädteO für die östlichen Provinzen vom 30.5.1853 Anm. 3 b zu § 56 Ziff. 8; Ledermann-Brühl: Die StädteO. für die 6 östlichen Provinzen vom 30.5.1853, 1913 Anm. 5 zu § 56 Ziff. 8; Keil: Kommentar zur Landgemeindeordnung für die 7 östlichen Provinzen 1896 Anm. 31 zu § 88.

2) Vgl. Schneider Verw.Arch. 13/255.

3) Vgl. § 88 IV Nr. 7 Abs. 2 Preuß. LGO (1898); § 56 Nr. 8 Preuß. StädteO. (1853); § 81 Preuß. Prov. Ordnung (1875).

Die Formvorschrift sollte danach nicht allgemein regeln, welche Formen die Gemeinde für eine wirksame Verpflichtung einzuhalten, sondern nur, wie eine Urkunde auszusehen habe, falls eine solche nac freiem Ermessen der Gemeinde errichtet wurde[1].

Nach der Mehrzahl der in der Literatur vertretenen Auffassungen[2] sollte die Beachtung der Formvorschriften in allen Fällen unerläßlich sein, in denen nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen, ausserhalb des kommunalen Verfassungsrechts, die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts von der Einhaltung einer bestimmten Form abhängig ist; so etwa nach § 313 BGB für Grundstücksgeschäfte der Gemeinde. Insbesondere Helfritz[3] wirft dem Reichsgericht vor, daß dessen Ansicht zu einer bedenklichen Konsequenz führe. Aus der Rechtssprechung des Reichsgerichts ergebe sich nämlich, daß die Vertretungsmacht nach außen allein durch die Wahrung der Form begrenzt sei, wenn es richtig sei, daß das Formerfordernis eine Beschränkung der Vertretungsmacht enthalte. Daraus müßte dann geschlossen werden, daß, soweit in der vorgeschriebenen Form gehandelt werde, der Umfang der Vertretungsmacht unbeschränkt sei. Helfritz[3] weist demgegenüber zu Recht darauf hin, daß gerade dann der vom Reichsgericht bezeichnete Zweck der Form, Übereinstimmung von abgegebener Erklärung und zugrunde liegender Beschlußfassung, nicht erreicht werden könne. Der Schutzzweck sei durch

---

1) So auch das Reichsgericht in RGZ 50/23 ff.

2) Vgl. Helfritz a.a.O. S. 9 ff. Derselbe in JW. 25/2439, 29/1134; derselbe in Brauchitsch: Verwaltungsgesetze für Preußen Band 7 S. 384 ff; Jansen: RVBl. 35/653; Löwe: JW 1928/1450 u. 2128; Loschelder: Kommentar zur Preuß. Städte0. a.a.O. § 56 8 d S. 220; insbesondere Pr.OVG, Band 70/266.

3) Helfritz, wie zuvor, S. 23.

die Beobachtung der Form "als feststehender Rahmen der Vertretungsmacht" nicht erreichbar. Formvorschriften könnten daher nur als "reine Formvorschriften" angesehen werden. Diese seien dann aber wegen Art. 55 EGBGB als leges speziales nur zu beachten, wenn nach dem Zivilrecht eine besondere Form für ein Rechtsgeschäft vorgeschrieben sei. In diesem Fall biete die Formvorschrift für Dritte die Garantie einer formellen Legitimation der Organpersonen, so daß die Nachprüfung der Legitimität entbehrlich werde[1]. Konsequenterweise müßten die Formvorschriften als Bestandteil der Zuständigkeitsbestimmungen angesehen werden, da sich die Frage nach der materiellen Zuständigkeit nicht von der Form trennen lasse. Durch die kommunalrechtlichen Formen werde nicht das privatrechtliche Rechtsgeschäft als solches, sondern die Rechtsgeschäfte der kommunalen Organe gesichert. Nur insoweit sei in den Formvorschriften ein öffentlich rechtlicher Bestandteil enthalten, der durch die reichseinheitliche Regelung des Privatrechts im Hinblick auf Art. 55 EGBGB nicht berührt werde[2].

Von einer dritten Meinung[3] wurde endlich jeder öffentlich rechtliche Charakter der kommunalen Formvorschriften geleugnet. Daraus wurde geschlossen, den Formvorschriften komme wegen Art.55 EGBGB keine materielle Bedeutung zu, soweit sie Sachverhalte des bürgerlichen Rechts betreffen. Auf dem

---

1) So auch noch Reichsgericht im Gruch.Band 26, S. 1078.

2) Vgl. hiezu Heymann in: RG Praxis IV S. 299 f.

3) Vgl. Nussbaum: Arch. bürgl. Recht 21/3; Appel: JW 13/531; Weigert: Pr.VBl. 36/22; Fischer: Pr.VBl. 40/261; Richter: Pr.VBl. 52/688 und insbesondere OLG Danzig JW 31/3223.

Gebiete des bürgerlichen Rechts sollten die Formvorschriften nur noch als "interne Verwaltungsanordnung"[1] Anwendung finden. Ein Verstoß gegen die Formvorschriften sollen danach die Rechtsbeziehungen zum Dritten nicht berühren können. Lediglich disziplinarrechtliche und haftungsrechtliche Folgen könnten noch durch den Formverstoß ausgelöst werden. Diese Folge stelle, wie ausgeführt wurde, auch für die Gemeinden einen ausreichenden Schutz dar, da sich jede vertretungsberechtigte Person scheuen werde, Dienststrafen und Haftungsfolgen auszulösen, während es gleichzeitig unmöglich sei, daß der Verteagsgegner versuche, unter Berufung auf die Formnichtigkeit von unbequemen Verträgen loszukommen[2].

6. Folgen des Formverstoßes:

Was die Frage anlangt, welche Rechtsfolgen ein Verstoß gegen die Formvorschrift nach sich zieht, so hat das Reichsgericht[3] stets § 125 BGB für entsprechend anwendbar erklärt, und zwar gleichgültig, ob die formlose Willenserklärung bei einer Aufgabe des öffentlichen oder des privaten Rechts abgegeben wurde. In RGZ 73/205 ff[4] hat das Reichsgericht ausgeführt, der Formmangel mache das Rechtsgeschäft nichtig, weil das Formerfordernis zwingend vorgeschrieben sei. Die Rechtsfolge der Nichtigkeit ergebe sich aus dem in § 125 BGB enthaltenen Rechtsgedanken. Da es sich um die Regelung eines dem Landesrecht vorbehaltenen Rechts-

---

1) Vgl. Fischer: Pr.VBl. 40-261; Richter: Pr. VBl. 52/688.

2) Vgl. insbesondere OLG Danzig JW 31/3223 ff; Schneider Verw.Arch. 15/255.

3) Vgl. RG in JW 05/446; RGZ 64/409; 67/269; 68/407 und insbesondere RGZ 73/205 ff.

4) S. 209.

gebiets handle, sei die entsprechende Anwendung des § 125 BGB im Hinblick auf Art. 55 EGBGB unbedenklich.

Diese Anwendung des § 125 BGB bei Formverstoß gegen die gemeinderechtlichen Formvorschriften hat in Rechtssprechung und Literatur keinen Widerspruch gefunden, sofern nicht schon wegen Art. 55 EGBGB eine materielle Bedeutung der Formvorschriften überhaupt geleugnet wurde.

Die hier dargestellten Meinungen sollen im folgenden im Zusammenhang mit der Darstellung des geltenden Rechts kritisch gewürdigt werden[1].

§ 9 Die Formvorschrift nach der Deutschen Gemeindeordnung vom 30.1.1935.

Der dargestellte Meinungsstreit um den Inhalt und Zweck der kommunalen Formvorschriften und die Folgen ihrer Verletzung fand mit Erlaß der DGO seine vorläufig abschliessende Klärung. § 36 DGO bestimmte reichseinheitlich, daß Verpflichtungserklärungen zu ihrer Rechtsgültigkeit der schriftlichen Erklärung und handschriftlichen Unterzeichnung durch den Bürgermeister oder zweier sonst vertretungsberechtigter Personen bedürfen. Zum ersten Male wurde dabei das Formerfordernis ausdrücklich auch auf Verpflichtungserklärungen auf dem Gebiete des öffentlichen Rechrs ausgedehnt[2]. Die Bestimmung des § 36 DGO sollte, wie die amtliche Begründung hiezu[3]

---

1) Vgl. unten § 12 und 13.

2) Vgl. Ausführungsanweisung 2 a zu § 36 DGO.

3) Vgl. amtliche Begründung der DGO, Reichsanzeiger und Preuß. Staatsanzeiger 1935 Nr. 25 ff, Ziff. 2zu § 36 DGO; vgl. hiezu auch Zeitler - Bitter - v. Derschau: Kommentar zur DGO 1937 Anm. 1 zu § 36 DGO.

ausdrücklich betont, die vom Reichsgericht für die Formvorschriften der Preuß. Gemeindeverfassungen entwickelte Auslegung in eine förmliche Gesetzesbestimmung fassen. Ob dies durch den Wortlaut des § 36 DGO tatsächlich gelungen ist, erscheint fraglich, nachdem diese Bestimmungen von Anfang an unbestritten als "reine Formvorschrift" aufgefaßt wurde[1]. Da die DGO ein Reichsgesetz war, war jedoch die Regelung im Hinblick auf den lediglich landesgesetzliche Bestimmungen ausschließenden Art. 55 EGBGB unbedenklich. Während der Geltungszeit der DGO hat sich deswegen auch gegen die Handhabung der Formvorschrift im Sinne der reichsgerichtlichen Auslegung keine Kritik erhoben, soweit das Reichsgericht bei einem Formmangel § 125 BGB (Nichtigkeit wegen Formmangel) entsprechend angewendet hat. Daß die durch die amtliche Begründung zur Deutschen Gemeindeordnung[2] bewirkte Änderung an der Auslegung der Formvorschriften als "reine Formvorschriften" im Gegensatz zu bis dahin gefestigten Rechtssprechung des Reichsgerichts stand, wurde von Literatur und Rechtssprechung keiner Kritik unterzogen[3]. Eine entsprechende Anwendung des § 125 BGB bei Formverstoß wurde dagegen unter Zugrundelegung des neuen Sinngehalts zu Recht als unbedenklich angesehen.

---

1) Vgl. Zeitler - Bitter - v.Derschau wie zuvor Anm. 2 zu § 36 DGO; Kiefer - Schmid: Kommentar zur Deutschen Gemeindeordnung 1937, a.a.O. zu § 36 DGO.

2) Vgl. amtliche Begründung zur DGO a.a.O. 2 a zu § 36.

3) Vgl. Schlempp: Die Gemeinden im Rechtsverkehr a.a.O. S. 88; Nauk: JW 1936/1573; Surén - Loschelder:Die DGO 1935 a.a.O. Anm. 3 b zu § 36.

Das Formerfordernis war durch die DGO ursprünglich für sämtliche Verpflichtungserklärungen ohne Unterschied vorgeschrieben. Wegen der dadurch in der praktischen Verwaltung entstandenen Schwierigkeiten - auch die Vielzahl der einfachen Geschäfte des täglichen Lebens hätten der Form des § 36 DGO bedurft - wurde durch § 3 der 2. DVO zu DGO die von der Rechtssprechung des Reichsgerichts geschaffene Rechtslage wieder hergestellt. Diese Bestimmung nahm mit Rückwirkung auf den Tag des Inkrafttretens der DGO "die Geschäfte der laufenden Verwaltung"[1] vom Formerfordernis aus. Ebenso wurden die Geschäfte vom Formzwang befreit, die auf Grund einer i.S. des § 36 DGO formgerechten Vollmacht abgeschlossen wurden.

---

1) Wegen des Begriffs vgl. unten § 11 Ziff. 2.

2. Kapitel

Die Formvorschriften nach dem geltenden Gemeinderecht.

§ 10 Die gesetzliche Fassung der Formvorschriften[1].

1. Die Gesetzgebung seit Außerkrafttreten der DGO:

Mit dem Zusammenbruch des Deutschen Reiches im Jahre 1945 wurde auch die durch die DGO vom 15.1. 1935 geschaffene Rechtseinheit auf dem Gebiete des Gemeinderechts wieder zerschlagen. Der im Jahre 1947 neu geschaffene Deutsche Städtetag versuchte zwar die Rechtszersplitterung aufzuhalten, indem er noch im gleichen Jahre einen Entwurf der Deutschen Gemeindeordnung erarbeitete[2]. Schon in diesem Entwurf waren jedoch für die hier interessierende Ordnung der inneren Organisation der Gemeinde fünf verschiedene Fassungen mit jeweils verschiedenen Formvorschriften zur Auswahl gegeben[3]. Auch der auf Grund gemeinsamer Verhandlungen der Länder am 2. und 3. Juli 1948 in Weinheim geschaffene "Gemeinsame Entwurf einer Gemeindeordnung" wollte die Regelung der inneren Gemeindeverfassung den Ländern überlassen. In der Zwischenzeit hatten aber die meisten Länder selbständig Gemeindeordnungen

---

1) Die Formvorschriften in den Verfassungen der Stadtstaaten Berlin, Hamburg, Bremen (Bremerhaven) werden wegen der besonderen Sach- und Rechtslage in den Stadtstaaten im folgenden nicht ausdrücklich berücksichtigt.

2) Vgl. Entwurf einer Deutschen Gemeindeordnung: Schriften des Deutschen Städtetages Heft 1, 1947.

3) Vgl. Teil V eines Entwurfs einer Deutschen Gemeindeordnung a.a.O. (s. oben Anm. 2).

geschaffen[1], indem sie entweder auf die Vorschriften der vor der DGO geltenden Gemeindeverfassungsgesetze zurückgriffen[2] oder die vom sogenannten nationalsozialistischen Rechtsgut bereinigte DGO zu Grunde legten[3]. Die dadurch bewirkte Rechtszersplitterung konnte nach Errichtung der Bundesrepublik Deutschland nicht mehr beseitigt werden, nachdem das Gemeinderecht der ausschließlichen Gesetzgebungszuständigkeit der Länder überlassen wurde[4].

2. Die wesentlichen Unterschiede in den Fassungen der Formvorschriften:
Die in den einzelnen Ländern heute bestehenden Gemeindeordnungen haben wegen der Verschiedenheit in der inneren Organisation zu entsprechend unterschiedlich gefaßten Formvorschriften geführt[5].

---

1) Soweit die in den Landesteilen Südwürttemberg-Hohenzollern, Südbaden und Württemberg-Baden ergangenen Gemeindeordnungen durch die GO Bad.-Württ. vom 25.7. 1955 ersetzt wurden, kann auf eine gesonderte Darstellung verzichtet werden, da die dort enthaltenen Formvorschriften nicht anders als die der geltenden Gemeindeordnung zu beurteilen sind und daher nur historisches Interesse besitzen. Vgl. hierfür Überblick bei Dietmann: Die Neugestaltung des Deutschen Gemeindeverfassungsrechts, Tüb. jur. Dis. 1957.

2) So etwa Süd-Baden mit der Badischen Gemeindeordnung vom 23.9.1948 (GVBl. S. 177 ff).

3) So insbesondere die Länder im ehemaligen britischen Besatzungsgebiet mit der "Deutschen Gemeindeordnung britischer Fassung" vom 1.4.1946, eingeführt durch MRVO Nr. 21.

4) Vgl. Art. 70 ff GG.

5) Vgl. § 54 GO Bad.-Württ.; Art. 38 GO Bayern; §§ 71, 79 Hess. GO; § 66 GO Nordrh.-Westf.; § 68 Niedersächs. GO; §§ 57 II, 61 GO Schlesw.-Holst.

Dabei ist sämtlichen Formvorschriften gemeinsam, daß Verpflichtungserklärungen[1] der Gemeinde an einfache schriftliche Form gebunden sind. Von diesen werden übereinstimmend zwei Fälle als nicht formbedürftig ausgenommen, nämlich die sogenannten "Geschäfte der laufenden Verwaltung"[2][3], sowie die Geschäfte, die auf Grund einer in der vorgeschriebenen Form ausgestellten Vollmacht vorgenommen werden. Außerdem bedürfen sämtliche Verpflichtungserklärungen, soweit sie von Beauftragten ohne Mitwirkung unmittelbarer Organe abgegeben werden, der Unterzeichnung durch mindestens zwei vertretungsberechtigte Organe Beamte oder Angestellte[4].

Im übrigen finden sich in den geltenden Formvorschriften folgende Unterschiede:

a) Unterzeichnung der Erklärung durch eine vertretungsberechtigte Person:
Gemeindeordnungen, die sich für den Typ der Ratsverfassung mit Personalunion zwischen Ratsvorsitzendem und Verwaltungsleiter entschieden haben[5],

---

1) Wegen des Begriffs vgl. unten § 11.

2) Wegen des Begriffs vgl. unten § 11 Ziff. 2

3) Die Bestimmung, nach der "Geschäfte der laufenden Verwaltung" nicht formbedürftig sind, ist außer in den Gemeindeordnungen von Rheinland-Pfalz und Bayern in sämtlichen Gemeindeverfassungen getroffen worden. Für Rheinland-Pfalz wurde diese Lücke durch § 32 DVO zu § 50 GO geschlossen. Danach fehlt lediglich für Bayern eine entsprechende Bestimmung. Da bei den Beratungen im bayrischen Landtag die Aufnahme einer die Formbedürftigkeit einschränkenden Bestimmung ausdrücklich abgelehnt wurde, wird man hier auch nicht von gewohnheitsrechtlicher Geltung ausgehen dürfen (vgl. Hölzl: a.a.O. Anm. 4 zu Art. 38 GO).

4) Vgl. § 54 Abs. 2 GO Bad.-Württ. und die oben in S. 106 Anm. 5) angegebenen Fundstellen.

5) Verwirklicht in Bad.-Württ., Bayern und Rheinl.-Pfalz.

schreiben die handschriftliche Unterzeichnung durch den Verwaltungsleiter (Bürgermeister) oder dessen Stellvertreter vor.

b) Unterzeichnung durch mindestens zwei berechtigte Personen:

aa) Im Falle der Ratsverfassung mit besonderem Ausführungsorgan[1] bedarf es der Unterzeichnung durch den Gemeindedirektor oder dessen Stellvertreter und einem weiteren vertretungsbrechtigten Beamten oder Angestellten. Die Erklärungen müssen ausdrücklich "im Auftrag" des Hauptvertretungsorgans (Rat) abgegeben werden.

bb) Beim Typ der unechten Magistratsverfassung[2] ist die handschriftliche Unterzeichnung durch den Ratsvorsitzenden oder dessen Stellvertreter und den Gemeindedirektor oder ein weiteres Mitglied des Magistrats vorgeschrieben. Die Erklärungen müssen "im Namen des Magistrats" abgegeben werden[3].

cc) Gemeindeordnungen nach dem Typ der Ratsverfassung mit verstärkter Stellung des monistischen Verwaltungsleitung[4] schreiben vor, daß die Verpflichtungserklärungen vom Verwaltungsleiter (Bürgermeister)

---

1) Vgl. oben § 3; verwirklicht in Nordrhein-Westfalen.

2) Vgl. oben § 3; verwirklicht in Hessen, Niedersachsen und Schleswig-Holstein.

3) Abweichend hiervon bestimmt § 68 Abs. 4 Nieders. GO, daß die Gemeinde bei bürgerlichen Rechtsgeschäften durch den Ratsvorsitzenden oder dessen Vertreter und dem Gemeindedirektor oder dessen allgemeinem Vertreter vertreten wird und durchbricht insoweit die grundsätzliche Vertretungsmacht des Magistrats.

4) Vgl. oben § 3; verwirklicht in Schleswig-Holstein für die Verwaltung von Landgemeinden (§§ 49 ff GO Schlesw.-Holst.) und in Hessen als sogenannte "Bürgermeisterverfassung", die wahlweise neben der Magistratsverfassung vorgesehen ist (§ 79 Hess. GO).

und einer weiteren zur Vertretung berechtigten Person handschriftlich zu unterzeichnen sind.

c) Zusätzliche Förmlichkeiten:

Verpflichtungserklärungen der Gemeinde bedürfen im Geltungsbereich der Hess. GO[1], der GO Rheinl.-Pfalz[2], GO Schlesw.-Holst.[3] und Nieders. GO[4] zusätzlich einer mit dem Gemeindesiegel versehenen Ausfertigung[5].

---

1) § 71 Hess. GO.

2) § 50 Abs. 2 GO Rheinl.-Pfalz.

3) § 61 Abs. 2 GO Schlesw.-Holst.

4) § 68 Abs. 1 Nieders. GO.

5) Zur besonderen Form der Siegelung vgl. Brintzinger in Schlesw.-Holst.-Anz. 1961/321 ff; OLG Schlesw.-Holst., Beschl. v. 30.9.1960 - Schlesw.-Holst.-Anz. 1960/340; BGH, Urteil v. 14.6.1956 = BGHZ 21/59 (64); BGH, Urteil v. 10.3.1958 = NJW 58/866.

§ 11 Der Begriff der Verpflichtungserklärung im Sinne der kommunalen Formvorschriften.

1. Allgemeine Abgrenzung nach dem Wortlaut der Formvorschriften:

a) In den geltenden Gemeindeordnungen wird in Anlehnung an den Wortlaut des § 36 DGO übereinstimmend formuliert: "Erklärungen, durch welche die Gemeinde verpflichtet werden soll, bedürfen der Schriftform[1]. Nach diesem Wortlaut muß es sich einmal um Willenserklärungen in dem bei der Untersuchung des Begriffs der Vertretung[2] bereits festgestellten Inhalts handeln. Es scheiden daher auf dem Gebiete des privaten wie öffentlichen Rechts aus die rein tatsächlichen Handlungen, und zwar auch soweit sie rechtlich von Bedeutung sind.

b) Ferner scheiden aus alle Willenserklärungen, bei denen die Verpflichtung als Nebenfolge kraft Gesetzes eintritt und nicht deswegen, weil die Erklärung auf eine Verpflichtung gerichtet ist. Dies ergibt sich, abgesehen von dem oben schon entwickelten Begriff der Willenserklärung[2], unmittelbar aus dem Wortlaut der Formvorschriften, nach denen zum Verpflichtungsgeschäft gehört, daß die Gemeinde durch

---

1) Vgl. S. 106 Anm. 5.
2) Vgl. oben § 5 unter b).

die Erklärung verpflichtet werden soll[1)2)].

Abzugrenzen ist von der Verpflichtungserklärung sodann die privatrechtliche Verfügung. Verfügungen sind diejenigen Rechtsgeschäfte, die beruhend auf dem Willen des Handelnden, unmittelbar einen Rechtsverlust oder eine Rechtsänderung herbeiführen[3)4)].

Als Verpflichtungserklärungen sind danach formbedürftig Willenserklärungen des privaten und öffentlichen Rechts, die die Gemeinde nicht nur berechtigen, sondern auch verpflichten, soweit sie

---

1) Im Gegensatz hierzu forderte noch das Pr.Gemeinde-Finanzgesetz v. 15.12.1933 (§ 45 Abs.1) schriftliche Vornahme von Rechtsgeschäften "durch die eine Verpflichtung der Gemeinde begründet wird". Danach waren alle Geschäfte der Form unterworfen, die nach irgend einer Richtung hin eine Verpflichtung der Gemeinde bewirken konnte. Vgl. Hettlage - Loschelder - Spielhagen: Das Preußische Gemeindefinanzgesetz S. 223 Anm. II a.

2) Beispielsweise fallen daher nicht unter das Formerfordernis, weil der Rechtserfolg nur eine Nebenwirkung der Willenserklärung darstellt, verfahrensrechtliche Erklärungen, auch wenn sie Gebühren oder Kostenschuld auslösen (Klage, Einlegung von Rechtsmitteln); Wechselgeschäfte im Hinblick auf die dadurch entstehende Wechselsteuerschuld: Erklärungen, die vertragliche oder gesetzliche Schadensersatzpflichten nach sich ziehen u.a., vgl. hierzu Schlempp: Die Gemeinden im Rechtsverkehr, a.a.O. S. 67.

3) Vgl. Enneccerus-Nipperdey: Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts 2. Halbband 1955 § 143.

4) Hierzu gehören u.a. die Erfüllungshandlungen wie Aufrechnung, Annahme als Erfüllung, Zahlungsanweisung, Entlassung sowie Kündigung und Rücktritt (vgl. im übrigen die bei Surén - Loschelder a.a.O. § 36 Erl. 2 angeführten Beispiele).

auf die Herbeiführung der Verpflichtung gerichtet sind[1].

2. Der gesetzliche Verzicht auf die Formbedürftigkeit bei "Geschäften der laufenden Verwaltung":

Vom Formzwang ausgenommen sind diejenigen Verpflichtungserklärungen, die aus Anlaß eines sogenannten "Geschäfts der laufenden Verwaltung" abgegeben werden. Die damit bewirkte Ausnahme von der Formbedürftigkeit geht, wie schon betont[2], auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts zu den preußischen

---

1) Als Beispiele für die danach den kommunalen Formvorschriften unterfallenen Willenserklärungen seien genannt:

1) Auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts: Willenserklärungen bei der Begründung schuldrechtlicher Verträge (Vertragsangebot, Vertragsannahme), einseitig verpflichtender Willenserklärungen (Schenkungsversprechung, Übernahme einer Bürgschaft), Begründung von Verpflichtungen aus Wertpapieren (Wechsel und Scheckverpflichtungen), Begründung von Mitgliedschaftsverpflichtungen (Beitritt zu einem Verein) usw. vgl. hierzu Surén - Loschelder a.a.O. § 36 Erl. 2.

2) Auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts: Willenserklärungen bei Abschluß öffentlich rechtlicher Verträge (Vertrag zwischen 2 Gemeinden über Einrichtung und Unterhaltung einer gemeinsamen Schule, Eingemeindungsvertrag, Vertrag zwischen Land, Kreis und Gemeinde über Einrichtung und Unterhaltung einer Krankenanstalt), Erklärungen, die innerhalb eines besonderen Gewaltsverhältnisses Pflichten begründen (Berufung eines Beamten, Einweisung eines Beamten in eine Planstelle) vgl. hierzu Enderling: Kom.Dienst 51/53; endlich: begünstigende Verwaltungsakte (Genehmigung zur Sondernutzung einer Ortsstraße, Zuteilung von Wohnraum durch Polizeiverfügung der Obdachlosenbehörde, Erlaubnis zum Handel mit Giften usw.).

2) Vgl. III. Teil, 1. Kapitel § 9.

Gemeindeverfassungsgesetzen zurück[1]. Sie hat heute in der überwiegenden Mehrzahl in den Gemeindeordnungen ihren gesetzlichen Niederschlag gefunden[2].

a) "Laufende Verwaltung" im Gemeinderecht und Privatrecht:

Der in den Gemeindeverfassungen verwendete Begriff der laufenden Verwaltung ist rein vom Kommunalrecht her zu bestimmen. Der im privaten Recht für die Abwicklung im Falle der Auflösung einer jur. Person verwendete Begriff[3] bezieht sich auf ganz andere tatsächliche Verhältnisse als der im Kommunalrecht gebrauchte Begriff. Die Wortwahl "Verpflichtungserklärung" gegenüber "Verpflichtungsgeschäft" im bürgerlichen Recht (Obligation) weist schon auf vorhandene Unterschiede hin[4]. Eine Übertragung der von der Rechtssprechung entwickelten Auslegung der bürgerlich-rechtlichen Liquidationsvorschriften muß daher ausscheiden[5].

b) Der Begriff der "laufenden Verwaltung" in den Kreisordnungen der Länder und im JWG:
Der Begriff der "laufenden Geschäfte" findet sich neben den Gemeindeordnungen nur noch in den Landkreisordnungen der Länder[6] und in § 16 JWG[7]. In beiden Fällen werden dadurch bestimmte Aufgaben dem Verwaltungsleiter (Landrat bzw. Leiter des Jugend-

---

1) Vgl. RG Urteil vom 5. Juli 1912 in JW 1912/925 ff; st. Rechtssprechung des RG, vgl. RGZ 139/63.

2) Vgl. S. 106 Anm. 5.

3) Vgl. §§ 49 BGB, 149 HGB, 209 AktG.

4) Vgl. Brintzinger: Schlesw.-Holst.-Anz. 1961/321 ff.

5) Vgl. Schlempp: Die Gemeinden im Rechtsverkehr a.a.O. S. 75.

6) Vgl. als Beispiel §§ 26, 37 KreisO v. Bad.-Württ., § 40 LKO v. Nordrh.-Westf., § 23 Abs. 2 LKO v. Rheinl.-Pfalz.

7) Gesetz für Jugendwohlfahrt v. 11.8.1961 (BGBl.I 1206).

amts) zu eigener Entscheidung übertragen und wird die Zuständigkeit der sonst allgemein zuständigen Vertretungskörperschaft (Kreisrat, Kreistag, Jugendwohlfahrtsausschuß) beseitigt. Diese Zuständigkeitsverlagerung auf den Verwaltungsleiter beruht nun offensichtlich auf den im Kommunalrecht gewonnenen Erfahrungen. Der Gesetzgeber hat also lediglich den für das Gemeinderecht entwickelten Begriff auf die ähnliche Sachlage in der Kreisverwaltung bzw. Wohlfahrtsverwaltung übertragen. In der Rechtsprechung und Literatur finden sich deswegen auch lediglich Zitate und Verweisungen auf die gemeinderechtliche Literatur[1].

Für das Jugendwohlfahrtsgesetz besteht lediglich insofern ein Unterschied, als der Leiter des Jugendamts nur zu solchen Geschäften zuständig ist, die ein Verfahren in Gang setzen und durchführen helfen, nicht aber zu Entscheidungen, die wichtige Rechte und Pflichten des Jugendamtes begründen[2]. Diese durch die besondere Materie des Jugendwohlfahrtsrechts begründete Zuständigkeitseinschränkung des Verwaltungsleiters hat auf dem Gebiet der Kommunalverwaltung keine Parallele.

Weil der Begriff der "laufenden Geschäfte" vom Gemeinderecht in die Kreisordnungen bzw. in das JWG übernommen wurde, kann aus diesen Rechtsgebieten nichts für die Begriffbestimmung gewonnen werden.

---

1) Vgl. Müller: Kom. zur KreisO Bad.-Württ. 1955, Anm. 2 zu § 37; Salzmann - Schunk a.a.O. Erl. 3 zu § 23 LKO Rheinl.-Pfalz; Potrykus: Kom. zum RJWG, 1953, Anm. 2 zu § 9 c RJWG.

2) Vgl. Potrykus wie zuvor.

c) Die Bedeutung des Begriffs der "laufenden Verwaltung" für Zuständigkeitsabgrenzungen und Formbedürftigkeit:

Innerhalb des kommunalrechtlichen Begriffs "Geschäfte der laufenden Verwaltung" ergeben sich dogmatische Unterschiede insoweit, als dieser zum Teil für die Frage des Formzwangs eine Rolle spielt, während er in anderen Fällen zugleich der Abgrenzung der Zuständigkeit zwischen Gemeindeparlament und Verwaltungsleitung dient. Soweit lediglich die Geschäfte der laufenden Verwaltung aus dem Kreis der formbedürftigen Geschäfte herausgenommen werden und nicht zugleich auch die ursprüngliche Zuständigkeit geändert wird, handelt es sich um einen bloßen "rechtstechnischen" Begriff[1], der sich in der Abgrenzung der Formbedürftigkeit erschöpft. Demgegenüber wird der gleiche Begriff verwendet, um den Kreis der Geschäfte zu bestimmen, für den die Verwaltungsleitung allein zur Entscheidung zuständig ist und nicht der vorhergehenden Beschlußfassung durch den Gemeinderat bedarf. In diesem Fall enthält der Begriff die Begründung einer Zuständigkeit. Der Begriff ist insoweit ein "verfassungsmäßig - organisatorischer"[1].

aa) In Gemeindeordnungen nach dem Typ der Ratsverfassung mit Personalunion zwischen Personalvorsitzendem und Verwaltungsleiter[2] ist der Begriff der laufenden Verwaltung sowohl ein rechtstechnischer, dessen Umfang die Formbedürftigkeit begrenzt, als auch ein verfassungsmäßig - organisatorischer, da er die Beschlußfassung und Ausführung originär und

---

1) Vgl. Seeger: in Baden-Württemberg. VBl. 57/51.
2) Vgl. oben § 3, S. 27.

damit nicht entziehbar der Zuständigkeit des Verwaltungsleiters (Bürgermeister) zuweist[1)2)].

bb) Bei Gemeindeordnungen, die sich für den Typ der Ratsverfassung mit besonderem monistischem Ausführungsorgan[3)] bzw. mit verstärkter Stellung der monistischen Verwaltungsleitung[4)] entschieden haben, ist der Begriff der laufenden Verwaltung lediglich für den Umfang der Formbedürftigkeit von Willenserklärungen bedeutsam. In diesen Fällen wird durch den Begriff der laufenden Verwaltung also nicht zugleich auch eine Zuständigkeitsregelung vorgenommen. Er ist daher hier nur ein rechtstechnischer Begriff[5)].

---

1) Vgl. § 44 II GO Bad.-Württ.; § 37 I GO Bayern; § 50 I 1 GO Rheinl.-Pfalz.

2) Walz: Handbuch der kom. Wissenschaft und Praxis I. Band 1957 S. 255, vertritt die Meinung, daß die Zuständigkeit des Bürgermeisters zur Erledigung der Geschäfte der laufenden Verwaltung im Geltungsbereich der GO Bayern als eine "mittelbare Zuständigkeit" zu bewerten sei. Er folgert dies aus Art. 37 Abs. 1 GO Bayern, der vorschreibt, daß der Gemeinderat für den Geschäftsbereich der laufenden Verwaltung Richtlinien aufzustellen hat. Diese Begründung vermag jedoch nicht zu überzeugen. Das Vorhandensein mittelbarer oder unmittelbarer Zuständigkeit zeigt sich u.a. daran, ob die übertragenen Geschäfte entziehbar (mittelbare Zuständigkeit) oder nicht entziehbar (unmittelbare Zuständigkeit) sind. Von Walz a.a.O. wird jedoch selbst nicht bestritten, daß auch in Bayern dem Bürgermeister vom Gemeinderat die grundsätzliche Zuständigkeit zur Erledigung von Geschäften der laufenden Verwaltung nicht entzogen werden kann. Es handelt sich daher auch insoweit um eine originäre, unmittelbare Zuständigkeit des Bürgermeisters zur Willensbildung und Ausführung. (So auch ausdrücklich Helmreich - Widtmann a.a.O. Anm. 2 zu Art. 37 GO Bayern).

3) Vgl. oben § 3 S. 25.

4) Vgl. oben § 3 S. 27.

5) Vgl. §§ 47 ff GO Nordrh.-Westf., die eine Übertragung von Geschäften der laufenden Verwaltung auf die Verwaltungsleitung nicht vorsehen.

cc) Eine unterschiedliche Bedeutung hat dagegen der Begriff der laufenden Verwaltung für die unechte Magistratsverfassung[1]. Während in Hessen[2] und Niedersachsen[3] die Geschäfte der laufenden Verwaltung zur originären Zuständigkeit des Magistrats- bzw. Verwaltungsausschusses gehören[4], begrenzt der Begriff der laufenden Verwaltung in der Magistratsverfassung Schleswig-Holsteins lediglich den Umfang der Formbedürftigkeit[5].

d) Die Rechtssprechung zum Begriff "Geschäft der laufenden Verwaltung":

Die Rechtssprechung läuft bis auf den heutigen Tag auf eine rein kasuistische Fallentscheidung hinaus. Diese Tatsache wird man allerdings als unabänderlich hinzunehmen haben, da das Hauptkritikertum für die Abgrenzung der Geschäfte der laufenden Verwaltung von anderen Geschäften darin besteht, daß das abzuschließende Geschäft für die jeweilige Gemeinde nur eine geringe Bedeutung haben darf[6]. Es kann aber wohl kaum bestritten werden, daß die finanzielle oder politische Bedeutung eines Geschäfts

---

1) Vgl. oben § 3 S. 29

2) Vgl. § 70 Abs. 2 Hess.GO.

3) Vgl. § 62 Abs. 1 Satz 2 Nieders.GO.

4) In Hessen allerdings mit dem Unterschied, daß mangels anderweitiger Bestimmungen die Zuständigkeit als auf den Bürgermeister übertragen gilt. Vgl. § 70 Abs. 2 Hess.GO.

5) Vgl. § 60 GO Schlesw.-Holst., der eine Übertragung der Geschäfte der laufenden Verwaltung auf den Magistrat nicht vorsieht.

6) RGZ 94/254; 104/192, 206; 116/249; 146/46; BGHZ 8/396; 14/89; BGH in Verw.Rspr. 4/196; 7/99; 9/496; BGH in DÖV 54/565; DVBl. 55/30; 56/236.

nicht nur von diesem, sondern in gleichem Maße von der Größe der Gemeinde, ja sogar von wechselnden Zeitumständen abhängig sein kann. Der Bundesgerichtshof[1] hat deswegen zu Recht verschiedentlich ausgesprochen, daß sich der Kreis der zu der laufenden Verwaltung gehörenden Geschäfte nicht zahlen- oder katalogmäßig erfassen lasse, sondern sich nach den jeweiligen Umständen des einzelnen Falles richte.

Aus den genannten Gründen ist es auch verfehlt, wenn früher gefordert wurde[2], die Grenzen der Geschäfte der laufenden Verwaltung allgemein in einer Dienstanweisung festzulegen. Zwischen Rat und Hauptvertretungsorgan ist eine Dienstanweisung rechtlich nicht denkbar. Das Hauptvertretungsorgan ist zwar an einen Beschluß des Rats gebunden, wird aber bei der Vertretungshandlung "in eigener, gesetzlich übertragener Zuständigkeit" tätig; m.a.W.: dem Rate ist der direkte Einfluß auf die Vertretungshandlung als solche entzogen. Noch entscheidender ist der Gesichtspunkt, daß der Umfang der laufenden Verwaltung in den gesetzlichen Bestimmungen der Gemeindeordnung enthalten ist und damit durch Auslegung ermittelt werden muß. Der Begriff "Geschäfte der laufenden Verwaltung" ist als gesetzlicher Begriff durch Gerichte nachprüfbar. Den Gemeinden ist deswegen eine kasuistische Begriffsbestimmung nur im Rahmen des gesetzlichen Begriffs möglich, ohne daß die Aufzählung im Zweifel verbindliche Wirkungen entfalten könnte. Um einer solchen Abgrenzung durch die Gemeinde die nötige Außenwirkung zu verleihen, müßte diese auch

---

1) Vgl. BGH Urteil vom 24.3.1955, LM § 3, 2. DVO/DGO Nr. 4 BGHZ 8/396.

2) Vgl. Beschluß des Provinzrats der Pr.Prov. Brandenburg in RVBl. 31/215.

in Form einer Satzung veröffentlicht werden. Eine Satzung zur Umgrenzung eines gesetzlichen Begriffs ist jedoch (schon mangels einer gesetzlichen Grundlage) unmöglich[1].

Eine andere Frage ist, ob in einer solchen Regelung durch eine an sich unzulässige Satzung, in der fälschlicherweise ein Gegenstand als Geschäft der laufenden Verwaltung bezeichnet wird, eine Zuständigkeitsübertragung vom Rat auf die Verwaltungsleitung gesehen werden kann. Man wird dies bejahen können, allerdings nur in den Fällen, in denen eine Übertragung nicht schon kraft ausdrücklicher Vorschrift grundsätzlich unzulässig ist[2].

Die theoretische Möglichkeit, innerhalb des Gebiets der Weisungsaufgaben die laufende Verwaltung durch Dienstanweisung abzugrenzen, ist praktisch kaum von Bedeutung. Einmal fehlt auch hier die Möglichkeit, der Anweisung durch geeignete Veröffentlichung Außenwirkung zu vermitteln. Zum anderen werden Weisungsaufgaben in überwiegender Zahl ohnehin vom Hauptvertretungsorgan ohne Mitwirkung des Gemeinderats erledigt, so daß ein Zwiespalt zwischen Willensbildung und Ausführung von vornherein ausscheidet. Gerade hier aber wird schon der je nach Größe und Charakter der Gemeinde wechselnde Inhalt der vom Begriff der "laufenden Verwaltung" umfaßten Geschäfte verhindern, daß eine allgemeine Festlegung durch Dienstanweisung vorgenommen werden kann.

---

1) § 4 Abs. 1 GO Bad.-Württ. enthält einen im Gemeinderecht allgemein gültigen Rechtsgedanken.

2) Zweifelnd Seeger a.a.O. S. 53.

e) Eigener Lösungsversuch:

aa) Abgrenzung nach dem schlichten Wortlaut:
Der für das geltende Gemeinderecht zu bestimmende Begriff der "Geschäfte der laufenden Verwaltung" kann einmal negativ abgegrenzt werden. Aus dem schlichten Wortsinn darf nicht entnommen werden, es müsse sich um Geschäfte handeln, die zu einem bestimmten Zeitpunkt laufen, d.h. abgewickelt werden[1]. Es wäre andernfalls unmöglich, daß hierdurch zugleich eine Zuständigkeitsregelung getroffen wird. Der Begriff der laufenden Verwaltung hat ferner nichts mit dem im Haushaltsrecht bekannten Begriff der "laufenden Mittel" oder des "laufenden Jahres" zu tun. Endlich handelt es sich nicht um Geschäfte nur vorbereitender Art, denn es ist kein vernünftiger Grund vorhanden, deren Form einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung zu unterwerfen. Letzteres könnte sich gerade in der Praxis nur hemmend auswirken.

bb) Die wirtschaftliche Seite:
Die Aufgabenerfüllung muß, um in den Kreis der laufenden Verwaltung zu fallen, im Verhältnis zur Finanzkraft der Gemeinde einen geringen Geschäftswert haben (Grundsatz der geringen finanziellen Bedeutung). Dieser Grundsatz wurde vom Reichsgericht[2] entwickelt und erstmals in den gesetzlichen Wortlaut des § 3 der 2. DVO zur DGO aufgenommen. Die Betonung der wirtschaftlichen Bedeutung findet sich zum Teil auch heute noch ausdrücklich in den entsprechenden Vorschriften der geltenden Gemeinde-

---

1) Anders der Sinn in §§ 49 BGB, 149 HGB.

2) Vgl. RGZ 94/254, 104/192 und 206, 116/249, 146/46. Wegen der Geschichte der Rechtssprechung des Reichsgerichts vgl. Richter: Pr. VBl. 52/685.

verfassungen[1] und ist vom Bundesgerichtshof im Anschluß an die reichsgerichtliche Rechtssprechung als allgemein gültiger Grundsatz bestätigt worden[2]. Er ist heute Voraussetzung jedes Geschäfts der laufenden Verwaltung. Im Gegensatz zu Walz[3] muß angenommen werden, daß hiervon auch die §§ 45, 55 des Entwurfs einer Gemeindeordnung für Baden-Württemberg bzw. §§ 44, 54 der endgültigen Fassung keine Ausnahme machen. Dies ergibt sich eindeutig aus der Begründung zur Regierungsvorlage[4], wo ausdrücklich als Voraussetzung für ein Geschäft der laufenden Verwaltung bezeichnet wird, daß dieses "nach der finanziellen Seite" von geringer Bedeutung ist.

cc) Das kommunalpolitische Gewicht:

Die Geschäfte der laufenden Verwaltung werden jedoch nicht nur von der finanziellen Seite begrenzt, sondern in gleichem Masse von der kommunalpolitisch-sachlichen. Die Gründe, die schon das Reichsgericht bewogen haben, bestimmte Geschäfte vom Formerfordernis auszunehmen, liegen darin, daß die Gemeinde bei unwichtigen Geschäften des Alltages eines besonderen Schutzes nicht bedarf. Dieses Schutzinteresse ist jedoch nicht ein spezifisch fiskalisches, sondern

---

1) Vgl. § 68 Abs. 2 Nieders. GO; §§ 50 Abs.4 , 57 Abs. 4, 61 Abs. 4 GO Schlesw.-Holst.

2) Vgl. BGHZ 8/396, 14/89; BGH in Verw. Rspr. 4/196, 7/99, 9/496; BGH in DÖV 54/565, DVBl. 55/30 u. 56/236.

3) Walz: Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis a.a.O. S. 266.

4) Vgl. Verhandlungen der Landtages von Baden-Württemberg 67. Sitzung 1954, Beilagen zu den Protokollen Band III, Beilage 1060, Seite 1381.

bezieht sich in gleichem, wenn nicht höherem Maße auf solche Vorhaben der Gemeinde, deren unmittelbare Kosten möglicherweise gering sind, denen aber im Hinblick auf die Auswirkung auf das Leben in der Gemeinde besondere Bedeutung zukommt; die gleichsam auf Kommunalebene ein "Politikum"sind. Dies kann weitgehend schon aus dem entsprechenden Wortlaut der Gemeindeordnungen entnommen werden, die sich teilweise ausdrücklich darauf beschränken, diejenigen Geschäfte als laufende Geschäfte der Verwaltung zu bezeichnen, die für die Gemeinde allgemein von nicht erheblicher Bedeutung sind[1]. Warum bei einer solchen Fassung lediglich finanzielle Gesichtspunkte von Bedeutung sein sollen, wäre angesichts des eindeutigen Schutzzweckes der Formvorschriften nicht einleuchtend, gleichgültig, ob durch die Form die Gemeinde, der außenstehende Partner oder beide geschützt werden sollen[2]. Dies wird auch in den Regierungsvorlagen zu den Gemeindeordnungen für Baden-Württemberg und Hessen ausdrücklich betont[3]. Gleiches gilt in den Fällen, in denen in Anlehnung an die 2. DVO zu § 36 DGO das Erfordernis der finanziellen Geringfügigkeit ausdrücklich in den gesetzlichen Wortlaut aufgenommen

---

1) Vgl. § 71 Abs. 2 Hess.GO, § 56 Abs. 3 GO Nordrh.-Westf.

2) a.A. ohne weitere Begründung Salzmann-Schunck a.a.O., Erl. 10 zu § 50 GO.

3) Vgl. hierzu Regierungsvorlage einer GO Bad.-Württ., Anlage zu den Protokollen 1954, Beilage 1060. Begründung zum Regierungsentwurf einer Hess. GO, Anlage zu den Protokollen 1951, Beilage 959; ebenso: Seeger: Bad.-Württ. VBl. 57/51, Kunze - Schmid: a.a.O. § 44 II 2; a.A.: Ausführungsanweisung zu § 78 Abs. 3 DGO., Lünenbürger a.a.O. S. 142 f.

wurde[1]. Die ausdrückliche Betonung des fiskalischen Gewichts bezeichnet lediglich das wichtigste Kriterium für den Umfang der laufenden Verwaltung, bedeutet jedoch nicht, daß die Einordnung in den Kreis der laufenden Verwaltung lediglich vom finanziellen Gesichtspunkt abhängig wäre.

dd) Das Verhältnis zwischen wirtschaftlicher und politischer Bedeutung:

Was für die Gemeinde von besonderer Bedeutung ist, läßt sich wiederum nicht allgemein, sondern nur im Einzelfall bestimmen. Grundsätzlich wird zwar ein finanziell erhebliches Geschäft zugleich für die Gemeinde auch sachlich von großer Bedeutung sein, nicht jedoch umgekehrt. Man wird sich daher nie mit der Feststellung begnügen dürfen, das Geschäft gehöre schon deshalb zu den Geschäften der laufenden Verwaltung, weil es finanziell ohne Bedeutung sei. Trotz finanzieller Geringfügigkeit kann es im Einzelfall durchaus so sein, daß ein Geschäft gleichwohl sachlich von erheblicher Tragweite ist[2]. Soweit Entscheidungen unübertragbar dem Gemeindeparlament vorbehalten sind, spricht eine unwiderlegliche Vermutung für sachlich erhebliche Bedeutung. Diese Aufgaben können daher nie zu den Geschäften der laufenden Verwaltung gehören und unterfallen

---

1) Vgl. § 62 Abs. 2 Niders. GO; §§ 50 Abs. 4, 57 Abs. 4, 61 Abs. 4 GO Schlesw.-Holst.

2) So kann etwa bei einer größeren Stadt die Errichtung eines Denkmals zwar zu den finanziell geringfügigen Geschäften gehören; wegen des damit aber unter Umständen verbundenen politischen Bekenntnisses gleichwohl sachlich von Bedeutung sein. Man denke ferner an all die möglicherweise nur mit geringen unmittelbaren Kosten verknüpften Geschäfte und Entscheidungen bei der Neuerschließung von Bauland, der Ansiedlung neuer Industrieunternehmen, oder an Geschäfte, die etwa auf das Verhältnis von Kirche und Gemeinde Einfluß haben können.

stets dem Formerfordernis [1]. Dies gilt aber nicht in gleicher Weise für die Geschäfte, die der Genehmigung der Rechtsaufsichtsbehörde bedürfen[2][3]. Man wird hier zu unterscheiden haben, ob die Kontrolle der Rechtsaufsichtsbehörde wegen der besonderen Bedeutung des Geschäfts für die allgemeinen Belange angeordnet ist (so etwa die Veräußerung von Forstgrundstücken), oder ob dadurch Unregelmäßigkeiten im Gemeindehaushalt, insbesonders Kollusionen, verhindert werden sollen (so etwa durch die Genehmigungsbedürftigkeit von Schenkungen). Während im ersten Falle das Geschäft schon deswegen nicht zum Kreis der laufenden Verwaltung gehören kann, weil es für die Gemeinde ohnehin stets von sachlich erheblicher Bedeutung ist, hängt die Zugehörigkeit im andern Falle davon ab, ob je

---

1) Wenn früher zum Teil versucht wurde, den Kreis der laufenden Verwaltung mit den Zuständigkeitsbereichen abzugrenzen, indem man als Geschäfte der laufenden Verwaltung nur diejenigen ansah, die keines Beschlusses des Gemeindeparlaments bedurften (vgl. OLG Kiel Urteil vom 8.6.1923 bei Loewe: Die Verpflichtungserklärung der Kommunalbehörden 1929 Anhang 14), so wurde hierdurch kein geeignetes Kriterium gewonnen. Wie oben schon festgestellt, ist der Begriff der laufenden Verwaltung zugleich ein organisatorisch verfassungsmäßiger und wird durch ihn eben gerade die Zuständigkeit erst begrenzt. Man kann daher von letzterem nicht auf den Umfang der laufenden Verwaltung schließen, ohne sich im Kreise zu drehen.

2) Vgl. § 80 GO Bad.-Württ.; Art. 63 GO Bayern; § 94 Hess. GO; § 84 Niders. GO; § 92 GO Rheinl.-Pfalz; § 78 GO Schlesw.-Holst.

3) So aber Lünenbürger a.a.O. S. 144; 1. Runderlaß zu § 121 GO Bad.-Württ. Helmreich - Widtmann a.a.O. Anm. 2 zu Art. 37 GO Bayern, im Gegensatz zu der in der 1. Auflage 1953 vertretenen Auffassung; sämtliche ohne nähere Begründung.

nach Sachlage die Voraussetzungen für ein einfaches Geschäft der laufenden Verwaltung vorliegen. Im allgemeinen wird dies zutreffen, jedoch muß dies nicht in jedem Falle so sein[1].

ee) Die Regelmäßigkeit des Geschäfts:

Als zweites Merkmal tritt das Erfordernis der Regelmäßigkeit des Geschäfts im Hinblick auf den Verwaltungsablauf hinzu. Gemeint sind damit diejenigen Geschäfte, die zu den normalerweise bei der Gemeinde anfallenden Aufgaben gehören. Auch dieses Begriffsmerkmal wurde vom Reichsgericht[2] in Anlehnung an die Rechtssprechung des Preußischen Oberverwaltungsgerichts[3] geprägt und vom Bundesgerichtshof[4] übernommen. Der Begriff gehört heute zum festen Bestandteil des Begriffs der laufenden Verwaltung[5]. Steht sonach unbestritten fest, daß jedenfalls ein Geschäft dann das Erfordernis der Regelmäßigkeit und Normalität erfüllt, wenn es bei der Erfüllung regelmäßig wiederkehrender Aufgaben schon öfter vorgenommen wurde, so bleibt fraglich, ob dem Erfordernis nicht auch dann genügt ist, wenn die zu erfüllende Aufgabe sich im allgemeinen zu wiederholen pflegt, ohne daß im konkreten Falle und bei der konkreten Gemeinde das Geschäft einen gleichartigen Vorgang hat. Man wird diese Frage schon aus logischen Gründen zu bejahen haben. Das tägliche Leben bringt es mit sich, daß an die Gemeinde immer

---

1) Man denke etwa an das Beispiel, daß einem Gemeindebediensteten zu einem Jubiläum ein Anstandsgeschenk gemacht werden soll. Hier wäre es zu förmlich, wenn auch für dieses ein Beschluß des Gemeindeparlaments herbeigeführt werden müßte (dem Formerfordernis unterfällt eine Schenkung schon mangels einer "Verpflichtung" nicht).

2) Vgl. RGZ 146/5; RG in JW 1920/153.

3) Vgl. RVG 70/119.

4) Vgl. BGHZ 8/396.

5) Vgl. Seeger: Bad.-Württ. VBl. 57/51.

wieder neue Aufgaben herangetreten werden, die sich in der Folgezeit regelmäßig wiederholen. Würde man fordern, daß ein Geschäft nur dann zur laufenden Verwaltung gehört, wenn es bereits schon mehrmals vorgenommen wurde, so würde man dadurch im Gegensatz zu der Erfordernis der Praxis die Entstehung neuer Geschäfte der laufenden Verwaltung wesentlich verzögern. Bei neu entstehenden einfachen Aufgaben bedürften die ersten damit verbundenen Geschäfte eines Gemeinderatsbeschlusses und würden erst mit der Zeit in die Zuständigkeit der Verwaltungsleitung fallen und aus der Formbedürftigkeit entlassen. Dies kann aber weder im Sinne der vom Gesetz gewollten Erleichterung des Formzwanges noch der besonderen Zuständigkeitsverteilung sein. Man wird daher an das Erfordernis der regelmäßigen Wiederkehr einen abstrakten Maßstab legen müssen, in dem man nachprüft, ob das vorzunehmende Geschäft zu einer Aufgabe gehört, das unter Berücksichtigung der Größe der Gemeinde sich bei allen Gemeinden zu wiederholen pflegt.

Fraglich erscheint ferner, ob das Erfordernis der regelmäßigen Wiederkehr dahin zu verstehen ist, daß nur solche Geschäfte zur laufenden Verwaltung gehören, die "zur ungestörten und ununterbrochenen Fortführung der Verwaltung notwendig sind"[1]. Für dieses vom Bundesgerichtshof aufgestellte weitere Erfordernis wird abgesehen von einem Hinweis auf die Rechtssprechung des Pr. Oberverwaltungsgerichts[2] keine Begründung gegeben. Für eine solche weitere Einengung des Bereichs der laufenden Verwaltung ist

---

1) So BGH Urteil vom 24.3.1955 in: LM § 3, 2. DVO/DGO Nr. 4.

2) Pr. OVG 37/118.

aber ein zwingender Grund nicht ersichtlich. Soweit die Mehrzahl der geltenden Gemeindeverfassungen durch den Begriff der laufenden Verwaltung zugleich eine originäre Zuständigkeit begründen, spricht die Vermutung für die Zuständigkeit der Verwaltungsleitung. Das gleiche gilt, soweit dadurch die Formbedürftigkeit von Willenserklärungen abgegrenzt werden, da Formvorschriften grundsätzlich eng auszulegen sind.

ff) Die Bedeutung des Geschäfts für den Partner der Gemeinde:

Der Bundesgerichtshof hat in seinem Urteil vom 19.12.1955[1] bei der Abgrenzung des Geschäftskreises der laufenden Verwaltung darüber hinaus als Kriterium angesehen, ob das Geschäft für den Partner der Gemeinde von erheblicher Bedeutung ist (hier: Bewilligung einer Dienstaufwandsentschädigung für einen Amtsdirektor). Die gleiche Meinung wurde schon von Engelhardt[2] vertreten. Hierbei wird aber zweierlei übersehen. Einmal entwickelte sich der Begriff der laufenden Verwaltung als Bestandteil einer Organisationsnorm. Organisationsnormen verbieten aber ihrem Wesen nach schon eine Auslegung nach den Interessen der außerhalb der Körperschaft stehenden Personen. Ähnliches gilt aber auch soweit der Begriff der laufenden Verwaltung als rein rechtstechnischer[3] gebraucht ist. Die Rechtssicherheit wäre weitgehend gefährdet, wenn innerhalb derselben Gemeinde die Formgebundenheit desselben Geschäfts vom jeweiligen Partner abhängig wäre. Richtigerweise

---

1) BGH in Verw.Rspr. 8/70.
2) Vgl. RVBl. 1932/424.
3) Vgl. oben S. 115/116.

weist daher der Bayrische VGH[1] darauf hin, daß die Frage, ob eine Angelegenheit zu den Geschäften der laufenden Verwaltung gehöre, allein vom Standpunkt der Gemeinde, nicht dagegen vom außenstehenden Betroffenen aus beurteilt werden müsse, Aus diesem Grunde kann auch dem Preuß. OVG[2] nicht gefolgt werden, das die Auffassung vertreten hat, eine mit Rechtsmitteln anfechtbare Entscheidung könne nicht zu den "einfachen Geschäften" gehören.

gg) Definition:

Angelegenheiten der laufenden Verwaltung sind diejenigen Geschäfte, die zu den Alltagsaufgaben der Gemeinden zu gehören pflegen und die für die betreffende Gemeinde im Einzelfall weder inhaltlich von besonderer kommunal-politischer Bedeutung, noch finanziell von erheblicher Auswirkung sind.

---

1) Vgl. Urteil vom 5.3.1957 in Verw.Rspr. 9/496.
Ebenso: Helmreich - Widtmann a.a.O., Erl. 2 zu Art. 37 GO; Salzmann - Schunck a.a.O., Anm. 3 zu § 23 LKO für Rheinland-Pfalz.

2) Vgl. Pr. OVG Urteil vom 9.10.1928, RuPrVerwBl. 50/191.

§ 12 Zweck und Inhalt der geltenden kommunalrechtlichen Formvorschriften.

1) Der Schutzzweck der Formvorschrift nach der Rechtssprechung:

Der Bundesgerichtshof[1] hat sich bisher in seinen Entscheidungen zu den kommunal-rechtlichen Formvorschriften damit begnügt, auf die vom Reichsgericht entwickelte Rechtssprechung zu den vor der DGO geltenden preußischen Gemeindeverfassungen abzustellen. Danach sollen die Vorschriften über die Abgabe verpflichtender Erklärungen nicht nur Formvorschriften sein, sondern zugleich und in erster Linie eine Beschränkung der Vertretungsmacht der gemeindlichen Organe enthalten. Diese Rückkehr zu der reichsgerichtlichen Rechtssprechung, die mit dem Erlaß der DGO vom 30.1.1935 zu Gunsten einer Behandlung der Vorschriften als reine Formvorschriften aufgegeben worden war, hat keine selbständige Begründung gefunden. Soweit ersichtlich, hat diese Rechtssprechung auch in der Literatur keinen Widerspruch erfahren[2]. Demnach sollen die kommunalen Formvorschriften auf der einen Seite die Gemeinde vor übereiltem Handeln und dem Mißbrauch der Vertretungsmacht schützen, ferner eine klare

---

1) Vgl. Urteil vom 22.5.1951, LM Nr. 1 zu § 36 DGO = NJW 52/1130; Urteil vom 20.6.1952, JZ 52/526 und 592; Urteil vom 20.1.1954, NJW 54/793; Urteil vom 14.6.1956, NJW 56/1355; ebenso OLG Celle, Urteil vom 30.11.1954, NJW 57/714.

2) Göbel: a.a.O. Anm. 7 zu § 54 GO; Kunze - Schmid: Anm. zu § 54 GO; Hölzl: a.a.O. Anm. 3 b zu Art. 38 GO; Odenbreit: a.a.O. S. 350; Salzmann - Schunck: a.a.O. Anm. 2 zu § 50 GO; Lindemann: a.a.O. Erl. zu § 68 Abs. 1; Ebel: OeD 52/161; Bohley: Bayrischer Bürgermeister 53/227 ff; Beitzke: MDR 53/3; Hamel: DVBl. 55/797; Wild: Bayrischer Bürgermeister 55/175 u. 693; Elsner: Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis a.a.O. S. 322; Rüffelmacher: Erl. jur. Dis. 1957, a.a.O. S. 160 ff.

Beweisunterlage schaffen und damit die Überwachung der Gemeindeverwaltung durch den Gemeinderat oder die Aufsichtsbehörde ermöglichen. Auf der anderen Seite soll durch die Formvorschriften die Grenze der Vertretungsmacht der für die Gemeinde handelnden Personen bestimmt sein.

2) Schutzzweck und Vertretungsregelung im allgemeinen:

a) Wenn der Schutz der Gemeinde vor übereiltem Handeln und die Schaffung klarer Beweisunterlagen Zweck der Formvorschrift ist, so entspricht dies voll und ganz dem Norminhalt jeder anderen reinen Formvorschrift[1]. Das Gleiche gilt aber auch, soweit die Formvorschrift nach überwiegender Ansicht[2] verhindern soll, daß das Organ seine Vertretungsmacht mißbraucht. Ob man hierbei an die echten Fälle des sogenannten "Mißbrauchs der Vertretungsmacht" denkt, bei denen das Organ für den Partner erkennbar seine Vertretungsbefugnis überschreitet[3], oder ob das Organ ohne Wissen des Partners außerhalb seines rechtlichen Dürfens handelt, ist gleichgültig. Beiden Fällen ist gemeinsam, daß das Organ eine Handlung vornimmt, die zwar zu seinem Aufgabenkreis gehört, deren Art und Weise aber den Interessen oder der körperschaftlichen Willensbildung widerspricht. Letzteres ändert aber nichts daran, daß das Organ innerhalb seiner Vertretungsmacht bleibt. Das Organ "mißbraucht" zwar wohl seine Vertretungsmacht, überschreitet sie aber nicht. Nach wie vor ist die Zustän-

---

1) Wie etwa der Form in §§ 313, 566, 581, 761, 766, 780, 781, 784, 793 BGB; vgl. hiezu Enneccerus-Nipperdey a.a.O. § 154 II.

2) Vgl. RG.JW. 1905/446; RGZ 139/58 ff., 146/47; BGH Urteil vom 22.5.1951; LM Nr. 1 zu § 36 DGO - NJW 52/1130; Urteil vom 20.1.1954, NJW 54/793; Urteil vom 14.6.1956, NJW 56/1355; Elsner: Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis a.a.O. S. 322; Ebel: OeD. 52/163; Enneccerus-Nipperdey § 154 II 2.

3) Vgl. unten § 15 b).

digkeit zur Vertretung der Gemeinde nach außen beim dazu berufenen Organ. Beispielsweise bleibt ein Bürgermeister in Baden-Württemberg auch dann der zur Vertretung der Gemeinde Berufene und handelt innerhalb seiner Vertretungsmacht, wenn er aus eigennützigen Gründen einen Vertrag mit einem Dritten abschließt, der für die Gemeinde nachteilig ist. Wenn aber die Zuständigkeit zur Vertretung der Gemeinde nach außen unverändert ist, kann es für die Vertretungsmacht nicht entscheidend sein, ob das Organ durch das Erfordernis einer Form vom Überschreiten seiner Vertretungsbefugnis abgehalten werden kann oder nicht. Die Zuständigkeit zur Vertretung als solche ist also unabhängig von der Form. Dann kann aber auch die Formvorschrift keine Zuständigkeitsregelung enthalten.

Daß der Zweck einer Formvorschrift allein nicht ausreicht, die Vorschrift zu einer materiellen Regelung dessen zu machen, was geschützt werden soll, wird weitgehend nicht genügend betont. Wenn etwa der Bundesgerichtshof[1] ausführt, daß gesetzliche Vorschriften, die für Willenserklärungen von Körperschaften besondere Formerfordernisse aufstellen, "nicht nur Formvorschriften sind, sondern insoweit zum Schutze der Körperschaft gegen unbedachte und sie gefährdende Willenserklärungen die gesetzliche Vertretungsmacht der für die Körperschaft handelnden Person einschränken", so wird hierdurch schon unterstellt, was eigentlich erst nachgewiesen werden müßte. Zieht man einen Vergleich zu formgebundenen Erklärungen einer natürlichen Person, so könnte man mit gleicher Berechtigung folgern, die etwa für eine Bürgschaftserklärung vorgeschriebene Form schränke die Geschäftsfähigkeit der handelnden Person partiell - d.h. eben für Bürgschaftserklärungen - ein. So wenig aber durch den Zweck solcher

---

1) BGH Urteil vom 22.5.1951 NJW 52/1130 = LM Nr.1 zu § 36 DGO.

Formen das "rechtliche Können" einer natürlichen Person eingeschränkt wird, Bürgschaftsverpflichtungen einzugehen, so wenig kann die Form allein die Vertretungsmacht eines Organs berühren. Entscheidend kann nicht sein, ob die Handlung eines zur Vertretung Zuständigen einer Form unterworfen ist, sondern ob sich außerdem aus der Formvorschrift ergibt, daß die Aufgabe einem anderen oder anders zusammengesetzten Organ zugewiesen ist, Nur durch eine solche Bestimmung würde überhaupt die Zuständigkeit anders geregelt und damit zugleich die Vertretungsmacht des sonst nach der grundsätzlichen Regelung zuständigen Organs eingeschränkt.

b) Dabei sei zur Klarstellung noch einmal darauf hingewiesen, daß das Problem des sogenannten "Handelns außerhalb des Wirkungskreises der Gemeinde"[1] mit der Frage nach der Zuständigkeit eines Organs im eigentlichen Sinne und damit nach der Vertretungsmacht nichts zu tun hat. Mit der überwiegenden Meinung[2] ist davon auszugehen, daß die Körperschaft nur innerhalb der ihr vom Gesetz zugebilligten Lebenssphäre rechtswirksam handeln kann. Die aufgeworfene Frage betrifft daher eine Beschränkung der Handlungsfähigkeit der Gemeinde selbst. Ist aber die Gemeinde insoweit nicht handlungsfähig, so ist es gleichgültig und für die Vertretungsmacht unwesentlich, wer für sie außerhalb des Wirkungskreises tätig wird. Die Rechtsfolge absoluter Nichtigkeit tritt ein, auch wenn bei dem Tätigwerden sämtliche Verfahrens- und Formvorschriften eingehalten wurden[3].

---

1) Vgl. oben S. 62

2) Vgl. Lassar: Zur Lehre von der beschränkten Handlungsfähigkeit, Verw.Arch. 38/35; Sautter: Der eingetragene Verein 1958, 4. Auflage S. 82; OLG München: MDR 53/165.

3) Vgl. oben S. 62 f.

c) Bei der Untersuchung, inwieweit die Formvorschriften der geltenden Gemeindeverfassungen nicht nur das Handeln an eine Form binden, sondern zugleich eine Vertretungsregelung darstellen, sind grundsätzlich zwei gesetzliche Fassungen zu unterscheiden:

Gemeindeordnungen, die sich für den Typ der Ratsverfassung mit Personalunion zwischen Ratsvorsitzendem und Verwaltungsleiter entschieden haben[1)], lassen die Unterzeichnungen der Verpflichtungserklärung durch das unmittelbare Vertretungsorgan oder den 1. Beigeordneten allein genügen. Alle übrigen Gemeindeordnungen - die soeben Genannten auch bei der Ersatzzuständigkeit und der abgeleiteten Zuständigkeit - schreiben die Unterzeichnung durch zwei hierfür besonders bestimmte Organschaftsträger vor. Bei der Ratsverfassung mit verstärkter Stellung der monistischen Verwaltungsleitung[2)] muß zur Unterschrift des im übrigen zuständigen Vertretungsorgans die Unterschrift eines weiteren Organschaftsträgers hinzukommen. Bei der Ratsverfassung mit besonderem Ausführungsorgan[3)] und bei der unechten Magistratsverfassung[4)] treten anstelle des Hauptvertretungsorgans (Rat, Verwaltungsausschuß, Magistrat) zwei hierfür durch Gesetz bestellte Organschaftsträger.

---

1) Vgl. S. 27; verwirklicht in Bad.-Württ., Bayern und Rheinl.-Pfalz.

2) Vgl. S. 27; verwirklicht in Schlesw.-Holst. und Hessen.

3) Vgl. S. 25; verwirklicht in Nordrh.-Westf.

4) Vgl. S. 29; verwirklicht in Hessen, Schlesw.-Holst. und Niders.

3) Die Formvorschrift im Recht von Baden-Württemberg und Bayern:

a) Der in Baden-Württemberg und Bayern entwickelte Typ einer Ratsverfassung mit Personalunion zwischen Ratsvorsitzendem und Verwaltungsleiter führt, wie oben schon dargestellt, zu einer unbeschränkten und unmittelbar gewährten Organmacht des Bürgermeisters[1]. Voraussetzung für eine wirksame Willenserklärung eines unmittelbaren Organs ist danach, daß der Bürgermeister kraft eigener Willensentschließung für die Gemeinde tätig wird. Da diese Organe unmittelbare Vertreter der Gemeinde und nicht des Gemeinderats sind, berührt ein fehlender oder entgegenstehender Beschluß des Gemeinderats die Wirksamkeit der abgegebenen Willenserklärung nicht. Die von der Gemeindeverfassung bestimmte Bindung an einen Beschluß des Gemeinderats ist daher eine reine innerkörperschaftliche Bindung ohne Auswirkung auf die Vertretungsmacht[2].

Dies gilt für Handlungen auf dem Gebiete des öffentlichen wie des privaten Rechts. Ob man die Verletzung der innerkörperschaftlichen Zuständigkeitsbestimmungen beim Erlaß von Verwaltungsakten teilweise, nämlich für den dem Gemeinderat ausschließlich vorbehaltenen Aufgabenkreis, als so schwerwiegend betrachtet, daß der erlassene Verwaltungsakt fehlerhaft wird, ändert daran nichts. Der den Verwaltungsakt fehlerhaft machende Grund ist allein in der Verletzung von innerkörperschaftlichen Verfahrensvorschriften hinsichtlich der

---

1) Die für Kassengeschäfte bestimmte Ausnahme spielt hier keine Rolle, da letztere ausschließlich Verfügungen zum Inhalt haben und daher nicht zum Kreis der formgebundenen Verpflichtungsgeschäfte gehören können.

2) Wegen der Begründung vgl. oben § 6 ...

Willensbildung begründet. Die Folge ist ein Mangel in der Vertretungsbefugnis als "rechtlichem Dürfen" nicht aber ein Mangel der Vertretungsmacht als "rechtlichem Können".

b) Das gleiche gilt für die Kollusion und den dem Partner bekannten Mißbrauch der Vertretungsmacht. Die Rechtsfolge der Nichtigkeit in entsprechender Anwendung des § 138 BGB bei der Kollusion bzw. dem Einwand der unzulässigen Rechtsübung für Fälle des Mißbrauchs der Vertretungsmacht können ihrem Wesen nach nicht davon abhängig sein, ob sich der treuwidrig Verhaltende der vorgeschriebenen Form bedient hat oder nicht. Daher entstehen auch hierbei keine Probleme hinsichtlich der Vertretungsmacht des Handelnden[1].

c) Sind nun aber die unmittelbar handelnden Organe durch die innerkörperschaftliche Bindung grundsätzlich in ihrer Vertretungsmacht nicht beschränkt, so können die Formvorschriften nur dann eine materielle Regelung der Zuständigkeit enthalten, wenn durch sie am "rechtlichen Können" der Organe etwas geändert wird. Aus der Tatsache, daß lediglich das ohnehin zur Vertretung zuständige unmittelbare Organ die Verpflichtungserklärung unterzeichnen muß, ergibt sich, daß lediglich eine bestimmte Handlungsweise des Organträgers vorgeschrieben ist. Würde man, wie das Reichsgericht und der Bundesgerichtshof[2], hierin tatsächlich eine materielle Zuständigkeitsbestimmung sehen, so würde dies bedeuten, daß das unmittelbare Organ nur dann an Stelle der Gemeinde han-

---

1) Vgl. hierzu unten § 15.
2) Vgl. die auf S. 129 Anm. 1 zit. Entscheidungen.

deln kann, wenn dieses Handeln in einer bestimmten Form geschieht. Da nun aber die Gemeinde anders als mit Hilfe unmittelbarer Organe gar nicht handeln kann[1], folgt daraus, daß die Gemeinde selbst rechtswirksam nicht anders handeln kann, als in einer bestimmten Form. Diese Feststellung, daß ein Rechtssubjekt rechtswirksam nur in einer bestimmten Form handeln kann, entspricht aber voll und ganz der Rechtsfolge, wie sie die Verletzung jeder anderen reinen Formvorschrift nach sich zieht. Jedes Rechtssubjekt kann etwa eine Bürgschaftsverpflichtung oder eine Verpflichtung zur Übertragung von Grundeigentum nur eingehen, wenn es eine bestimmte Form einhält. In diesen Fällen wird aber unbestritten am rechtlichen Können der Person, als Rechtssubjekt überhaupt eine solche Verpflichtung einzugehen, nichts geändert. Lediglich die Art und Weise, wie das Rechtssubjekt innerhalb einer Handlungsmacht zu handeln hat, wird vorgeschrieben und damit für das Handeln eine Wirksamkeitsvoraussetzung aufgestellt. Warum dies im Falle eines gemeindlichen Handelns anders sein soll, ist nicht einleuchtend. Auch hier handelt das ohnehin zur Tätigkeit für die Gemeinde berechtigte Organ für die Gemeinde innerhalb des rechtlichen Könnens, und nur die Handlungsweise des Organträgers ist an eine bestimmte Voraussetzung geknüpft. Trennt man daher richtigerweise zwischen dem rechtlichen Können, als der einem Rechtssubjekt gegebenen Handlungsmacht, und der Art und Weise, wie dieses Handeln geschehen muß, so bezieht sich die Form lediglich auf die Handlungsweise und läßt die Zuständigkeitsverteilung unberührt. Nach wie vor ist die Grenze der Handlungsmacht hinsichtlich des handelnden Subjekts die gleiche. Dann aber enthalten

---

1) Vgl. oben S. 31 ff.

die Formvorschriften der Gemeindeordnungen mit Personalunion zwischen Ratsvorsitzendem und Verwaltungsleiter lediglich reine Formvorschriften, soweit unmittelbare Organe für die Gemeinde tätig werden. Der Formverstoß enthält nicht zugleich auch einen Verstoß gegen eine materielle Zuständigkeitsregelung.

Diese Ansicht wird durch folgende weitere Überlegungen gestützt:

d) Die Gemeindeverfassungsgesetze beschränken in Anlehnung an die reichsgerichtliche Rechtssprechung das Formerfordernis für Verpflichtungserklärungen beim Handeln des Bevollmächtigten auf die Vollmachtserteilung[1]. Hieraus wird deutlich, daß es dem Gesetzgeber darauf ankommt, die durch ihre Organe handelnde Gemeinde lediglich hinsichtlich ihrer Handlungsweise bestimmten Formen zu unterwerfen. Enthielte nämlich die Formvorschrift zugleich stets eine materielle Bestimmung der Zuständigkeit, so würde zwar die Vertretungsmacht des der Gemeinde ungleich näher stehenden Organs beschränkt, dagegen nicht die einer Person, die meist völlig außerhalb der Körperschaft steht.

Auch dem zivil- und handelsrechtlichen Korporationsrecht ist der Unterschied zwischen Vertretungsbefugnis und Vertretungsmacht bekannt. Ist etwa dem Vorstand einer Aktiengesellschaft das Entscheidungsrecht für bestimmte Angelegenheiten nach der inneren Verfassung entzogen und der Hauptversammlung oder dem Aufsichtsrats vorbehalten, so wird dadurch kraft ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift die Vertretungsmacht nach außen nicht beschränkt[2].

---

1) Vgl. S. 106 Anm. 5.

2) Vgl. § 74 II AktG.; ebenso bei den übrigen handelsrechtlichen Körperschaften; vgl. § 37 II GmbHG; § 27 II GenG.

In beschränktem Umfang gilt dies auch für den eingetragenen Verein. Es wird nun aber nirgends die Auffassung vertreten, diese Vertretungsmacht werde dann eingeschränkt, wenn es sich um die Vornahme eines formunterworfenen Rechtsgeschäfts handelt. Verpflichtet also etwa der Vorstand den Verein als Bürgen, so wird er mit oder ohne Einhaltung der Form als Handelnder für den Verein tätig. Lediglich die Wirksamkeit des abgeschlossenen Geschäfts ist von der Einhaltung der Form abhängig.

Soweit von den Kommentatoren der Gemeindeordnung für Baden-Württemberg und Bayern[1] eine andere Auffassung vertreten wird, handelt es sich um eine unkritische Übernahme der vom Reichsgericht entwickelten und vom Bundesgerichtshof übernommenen Rechtssprechung. Der Prüfung dieser Gerichte unterlagen aber stets Vorschriften, nach denen nicht das ohnehin zuständige Organ an eine Form gebunden war, sondern nach denen bei Verpflichtungserklärungen erst ein hierfür zuständiges Gesamtvertretungsorgan zu bilden war.

4) Die Formvorschrift im Recht von Rheinland-Pfalz, Hessen, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Saarland und Schleswig-Holstein:

a) Soweit die übrigen Gemeindeordnungen[2] fordern, daß bei Verpflichtungserklärungen die schriftliche Ausfertigung vom Hauptvertretungsorgan und einem weiteren Vertretungsberechtigten bzw. durch zwei hierfür besonders bestimmte Organträger unterschrieben werden muß, erscheint die Rechtssprechung des

---

1) Göbel: a.a.O. Anm. 7 zu § 54 GO; Kunze - Schmid: Anm. zu § 54 GO; Hölzl: a.a.O. Anm. 3 b zu Art. 38 GO; Helmreich - Widtmann: a.a.O. Anm. 8 zu Art. 38 GO.

2) Vgl. §§ 71, 79 Hessische Gemeindeordnung; § 66 GO Nordrh.-Westf.; § 68 Nieders. GO; §§ 57 Abs,2, 61 GO Schlesw.-Holst.

Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, die in der Formverletzung auch stets einen Zuständigkeitsmangel sieht, auf den ersten Blick einleuchtend. Es kann nicht bestritten werden, daß eine solche Fassung der Formvorschriften nicht nur vorschreibt, wie die Verpflichtungserklärung auszusehen, sondern auch wer diese Erklärung abzugeben hat. Die Bestimmung, wer für die Gemeinde tätig zu werden hat, ist hier auch kein bloßer Hinweis auf eine ohnehin schon bestehende Vertretungsregelung. Es wird hier nicht nur ein schon Zuständiger an eine Form gebunden, sondern es wird, soweit es sich um die Abgabe verpflichtender Erklärungen handelt, eine Gesamtvertretung durch zwei Organschaftsträger eingeführt. Eine solche Gesamtvertretung kennen sämtliche Gemeindeordnungen, da die Verpflichtungserklärung bei der Ersatzzuständigkeit und der durch Beauftragung abgeleiteten Organschaft stets nur von zwei vertretungsberechtigten Personen abgegeben werden kann[1].

b) Die Bestimmung einer Gesamtvertretung regelt die Vertretungsmacht der handelnden Organe abweichend von der grundsätzlichen Zuständigkeitsverteilung. Trotzdem bleibt fraglich, ob die Verletzung des Formerfordernisses in allen Fällen zugleich bedeutet, daß ein Mangel in der Vertretungsmacht vorliegt. Ein solcher Schluß wäre zwingend, wenn das in den Vorschriften aufgestellte Formerfordernis

---

1) Für den Typ der Ratsverfassung mit Personalunion zwischen Ratsvorsitzendem und Verwaltungsleiter vgl. § 54 Abs. 2GO Bad.-Württ. Eine Ausnahme bilden lediglich die Gemeindeordnungen für Bayern und Rheinland-Pfalz. Während die GO Bayern die Abgabe von Verpflichtungserklärungen außer durch das Hauptvertretungsorgan nur auf Grund einer rechtsgeschäftlichen Vollmacht zuläßt (vgl. Art. 38 GO Bayern), schließt die GO Rheinl.-Pfalz auch die rechtsgeschäftliche Bevollmächtigung für Verpflichtungserklärungen aus.

untrennbar mit der zugleich normierten Vertretungsregelung zusammenhinge. Dem ist aber nicht so. Die Vertretungsregelung wäre ohne weiteres vom Formerfordernis zu trennen. Die Gemeindeordnungen hätten, ohne daß sachlich hierdurch ein Unterschied bewirkt würde, die Abgabe von Verpflichtungserkkärungen so ausgestalten können, daß in getrennten Vorschriften einmal die Abgabe der Willenserkkärung, in der anderen die Form geregelt wäre. Eine solche Fassung des gesetzlichen Wortlautes könnte am Beispiel der Hessischen (unechten) Magistratsverfassung etwa so aussehen:

§ 71

Abs. 1: Der Magistrat vertritt die Gemeinde, soweit nicht im folgenden etwas anderes bestimmt ist ...

Abs. 2: Bei Erklärungen, durch die die Gemeinde verpflichtet werden soll, wird diese durch den Bürgermeister oder dessen Vertreter und durch ein weiteres Mitglied des Magistrats vertreten ...

§ 72

Verpflichtungserklärungen i.S. von § 71 Abs. 2 bedürfen der Schriftform.

Eine so auch äußerlich von der Vertretungsregelung getrennte Formvorschrift enthielte nicht mehr und nicht weniger als die Formvorschriften der Gemeindeordnungen mit Personalunion zwischen Ratsvorsitzendem und Verwaltungsleiter, soweit das aus einer Einzelperson bestehende Hauptvertretungsorgan allein zur Abgabe der Verpflichtungserklärung zu-

ständig ist[1]. Hier wie dort wird einem Organ, dessen Vertretungsmacht sich aus einer gesonderten Vertretungsregelung ergibt, ein Formzwang auferlegt. In beiden Fällen handelt es sich hinsichtlich des Formerfordernisses um eine reine Formvorschrift, weil durch die Form die schon bestehende Vertretungsmacht nicht abgeändert wird. Daß sich der Inhalt des Formerfordernisses und damit die Rechtsfolgen seiner Verletzung deswegen ändern soll, weil in ihre gesetzliche Bestimmung eine weitere Regelung aufgenommen wurde, ist nicht einleuchtend. Auch hier gilt, daß die Bezeichnung dessen, der rechtswirksam für die Gemeinde handeln kann (Vertretungsregelung), nicht davon abhängig ist, wie diese Handlung ihrer Form nach auszusehen hat (Formvorschrift). Die Form als solche ist auch nicht in der Lage als Abgrenzung für die Zuständigkeit im Sinne eines "Stehens für die übergeordnete Körperschaft" zu dienen.

Die hier befürwortete Trennung zwischen der Formgebundenheit einer Willenserklärung und der Zuständigkeit zur Abgabe derselben wird im Grundsatz auch vom Bundesgerichtshof anerkannt. Das Gericht ging in seinem Urteil vom 14.6.1956[2], anläßlich der Frage, ob die Berufung der Gemeinde auf Treu und Glauben bei Formfehlern beachtlich sein könne, ausdrücklich davon aus, daß die Verletzung der Formvorschrift einen reinen Formmangel[3] bewirke, wenn im übrigen die zur Abgabe der Verpflich-

---

1) Vgl. § 54 GO Bad.-Württ.; Art. 38 GO Bay.; § 50 GO Rheinl.-Pfalz.

2) NJW 56/1355 f.

3) Vgl. BGH a.a.O. S. 1356 Ziff. 3.

tungserklärung Zuständigen tätig geworden sind[1]. Unverständlich ist, daß dann in demselben Urteil entsprechend der reichsgerichtlichen Rechtssprechung ohne Einschränkung davon ausgegangen wird, § 37 Abs. 2 rev. DGO sei "ihrem sachlichen Inhalt nach eine öffentlich-rechtliche Zuständigkeitsregelung und nicht eine Formvorschrift"[2]. In Wirklichkeit war auch im § 37 rev. DGO beides, Zuständigkeitsregelung und Formvorschrift, aus gesetzestechnischen Gründen in einer Vorschrift vereinigt.

Die notwendige Folgerung aus der Trennung zwischen Zuständigkeitsregelung und Formvorschrift besteht darin, daß die Verletzung der Formvorschrift einen reinen Formmangel bewirkt, wenn nur im übrigen die zur Vertretung Berufenen gehandelt haben. Nur wenn Nicht-Zuständige formlos handeln, liegt zugleich die Verletzung einer reinen Formvorschrift und ein Mangel in der Vertretungsmacht vor.

---

1) In dem dem Urteil zu Grunde liegenden Fall haben die nach § 37 Abs. 2 Satz 2 rev. DGO zur Abgabe von Verpflichtungserklärungen berufenen Personen, nämlich der Bürgermeister und ein weiteres Mitglied des Gemeinderats, an den Verhandlungen mit dem Geschäftspartner teilgenommen. Der Vertrag wurde sodann formlos, aber unter ausdrücklicher Billigung des Bürgermeisters und des betreffenden Gemeinderatmitglieds, mit dem Geschäftspartner abgeschlossen.

2) Vgl. BGH a.a.O. S. 1356 Ziff. 2.

§ 13 Gültigkeit und Rechtswirkung der Formvorschrift.

Mit der Feststellung, daß das Formerfordernis im Kommunalrecht reine Formvorschrift ist, erhebt sich die Frage nach ihrer Geltungskraft im Hinblick auf Art. 55 EGBGB. Durch diese Bestimmung wurden die privatrechtlichen Vorschriften der Landgesetze mit dem Erlaß des BGB außer Kraft gesetzt, soweit der landesrechtlichen Gesetzgebung nicht ausdrücklich Gebiete vorbehalten wurden[1]. Neue landesrechtliche Vorschriften auf dem Gebiete des Privatrechts konnten und können die Länder seit dem Inkrafttreten des BGB nicht mehr erlassen[2]. Im Hinblick darauf ist die Geltungskraft der kommunalen Formvorschriften seit dem Erlaß des BGB umstritten, soweit es sich um Handlungen der Gemeinde im privaten Rechtsverkehr handelt. Die hierzu vertretenen Meinungen wurden oben[3] schon dargestellt. Aus den bisherigen Erörterungen können folgende Ergebnisse gewonnen werden:

1. Die kommunale Formvorschrift als materielle Vertretungsregelung.

Die vom Reichsgericht[4] und im Anschluß hieran vom Bundesgerichtshof[5] vertretene Auffassung, die Formvorschriften enthielten in erster Linie eine Beschränkung der Vertretungsmacht der handelnden Organe, ist mit dem oben gewonnenen[6] Inhalt und dem Zweck der kommunalen Formvorschriften unverein-

---

1) Art. 56 - 152 EGBGB.

2) Vgl. hierzu Bötticher: RdA 58/361.

3) Vgl. oben S. 98 ff.

4) Vgl. insbesondere RGZ 24/411 (413); 67/269; im Übrigen vgl. die oben S. 101 Anm. 3 zitierte Rechtssprechung.

5) Vgl. BGH Urteil vom 22.5.1961, LM Nr. 1 zu § 36 DGO = NJW 52/1130 = JZ 51/526; Urteil vom 20.1.1954 NJW 54/793; Urteil vom 14.6.1956, NJW 56/1355.

6) Vgl. oben § 12.

bar. Sind die kommunalen Formvorschriften reine Formvorschriften, so können sie die materielle Vertretungsregelung nicht beeinflussen. Der Hinweis auf eine durch die Form bewirkte materielle Vertretungsregelung geht daher fehl, soweit er dazu dienen soll, die Geltungskraft der Formvorschriften im Hinblick auf Art. 55 EGBGB zu stützen[1].

2. Die kommunale Formvorschrift als "Zusatzbestimmung" bürgerlich-rechtlicher Formerfordernisse.

Die insbesondere von Helfritz[2] vertretene Meinung, das für die Verpflichtungserklärungen aufgestellte Formerfordernis sei wegen Art. 55 EGBGB nur dann zu beachten, wenn schon nach dem Privatrecht eine besondere Form für ein Rechtsgeschäft vorgeschrieben sei, ist inkonsequent. Wenn schon zugegeben wird, daß das Formerfordernis keine Zuständigkeitsregelung enthält, dann muß dies auch dann gelten, wenn das Zivilrecht bestimmte Formen vorschreibt. An dem Inhalt der Formvorschrift und damit an den Kriterien hinsichtlich der Geltungskraft wird nichts geändert, wenn die Formvorschrift auf eine Erklärung Anwendung finden soll, die durch andere Vorschriften schon an eine Form gebunden ist. Eine reine Formvorschrift bezieht sich stets auf die abzugebende Erklärung und nicht auf die handelnde Person. Deswegen garantiert die Einhaltung der Form als solche grundsätzlich nicht die "formelle Legitimation"[3] des Handelnden, gleichgültig, ob seine Tätigkeit nach anderen Vorschriften schon formgebunden ist oder nicht. Die Überschreitung der Vertretungsmacht begründet einen Mangel, gleichgültig, ob das privatrechtliche oder kommunale Formerfordernis eingehalten ist. Umgekehrt hat die Einhaltung oder Nichteinhaltung der Formvorschriften keinen Einfluß

---

1) So schon die bei Richter: RuPrVerw.Bl. 1931 (Band 52 S. 886 ff) zusammengestellte Mehrzahl der Schriftsteller.
2) Helfritz: Vertretung der Städte u.Landgemeinden a.a.O. S. 9 ff.
3) So Helfritz wie zuvor.

darauf, ob eine Handlung des Organs der übergeordneten Körperschaft zuzurechnen ist oder nicht. Im übrigen würde die Forderung von Helfritz zu einem seltsamen Ergebnis im täglichen Leben führen. Soweit das private Recht Schriftform oder Beurkundung vorschreibt, muß die Erklärung ohnehin von zuständigen Organen ausgefertigt und unterschrieben werden. Die formelle Gültigkeit kommunaler Verpflichtungserklärungen hinge also allein von der Beachtung zusätzlicher Förmlichkeiten (z.B. Gemeindesiegel) ab. Beispielsweise wäre ein notarieller Kaufvertrag über ein Grundstück nur dann gültig, wenn der zuständige Gemeindebeamte bei der notariellen Beurkundung das Gemeindesiegel mit sich führt, um es auf den Kaufvertrag aufzudrücken. Ein solches Ergebnis ist schon wegen der Auswirkung im täglichen Verwaltungsleben unhaltbar.

3. Die kommunale Formvorschrift als Regelung der Handlungsfähigkeit.

Nach der Ansicht von Wild[1] bestehen gegen die Geltungskraft der kommunalen Formvorschriften deswegen keine Bedenken, weil durch die Formvorschrift die Handlungsfähigkeit der Gemeinde beschränkt werde; diese also eine Organisationsnorm öffentlichen Charakters sei. Auch diese Begründung vermag jedoch nicht zu überzeugen. Die Handlungsfähigkeit im weitesten Sinne ist die Fähigkeit einer Rechtsperson, gewollt Rechtswirkungen zu erzeugen, mit anderen Worten, die Fähigkeit, Willenserklärungen abzugeben[2]. Nun enthält die Formvorschrift, wie Wild im übrigen selbst zugibt[3], die Bestimmung, wie eben diese Willenserklärung auszusehen hat. Jede Formvorschrift setzt danach schon eine rechtlich relevante Erklärung voraus. Durch die Form wird aber dann nicht

1) Vgl. Wild: Bayer. Bürgermeister 1955 S.175 ff.
2) Vgl.hiezu Enneccerus-Nipperdey: Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts 2. Halbband, 14. Auflage 1935, § 138.
3) Vgl. Wild wie zuvor S. 175.

die Handlungsfähigkeit der tätig werdenden Rechtsperson, sondern lediglich die Gültigkeit des von einer handlungsfähigen Rechtsperson erklärten Willens eingeschränkt.
Im übrigen wäre für die Frage, ob die Formvorschrift öffentlich oder privatrechtlichen Charakter hat, nicht viel gewonnen, würde man von einer Einschränkung der Handlungsfähigkeit ausgehen. Auch eine solche Einschränkung könnte letztlich sowohl eine privatrechtliche wie eine öffentlich-rechtliche Organisationsnorm sein.

4. Eigene Stellungnahme:

a) Die Entscheidung, ob die kommunalrechtlichen Formvorschriften bei Willenserklärungen auf dem Gebiete des privaten Rechts gegen Art. 55. EGBGB verstossen, hängt davon ab, ob man sie entsprechend der für die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht entwickelten Grundsätze dem einen oder dem anderen Rechtskreis zuzurechnen hat. Wie das öffentliche vom privaten Recht abzugrenzen sei, ist umstritten[1]. Einer ins einzelne gehenden Darstellung dieses Theorienstreits bedarf es jedoch im Rahmen dieser Arbeit nicht, weil die heute überwiegend vertretenen Lehrmeinungen letztlich nur noch zwei verschiedene Anknüpfungspunkte für die Unterscheidung herausstellen. Entweder wird das Kriterium in der Über- und Unterordnung der am Rechtsverhältnis beteiligten Personen (Subjektionstheorie)[2], oder aber in der Verschiedenheit der Zuordnungssubjekte (Subjektstheorie)[3] gesehen.

1) Vgl. Walz: Vom Wesen des öffentlichen Rechts 1928; Schelcher: Justiz und Verwaltung Erg.Band zu Band 50 von Fischer's Zeitschrift 1919 S. 146 ff; H.J. Wolff: Der Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht, A.ö.R. 76/205 ff; Boehmer: Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung Band 1 1950; Forsthoff: a.a.O. S. 98 ff.
2) So insbesondere das Reichsgericht, vgl.RGZ 113/204, 167/284.
3) So insbesondere Wolff: a.a.O. § 22; Enneccerus-Nipperdey wie zuvor § 34; Forsthoff: a.a.O. S. 98 ff; H.J. Wolff: wie zuvor A.ö.R. 56/205 ff.

Die letztgenannte Auffassung bildet zur Subjektionstheorie keinen Gegensatz, sondern ergänzt diese. Während die ältere (reine) Subjektionstheorie[1] noch davon ausging, daß alle Rechtssätze dem öffentlichen Recht angehören, deren Zuordnungssubjekt der Staat oder eine andere öffentlich-rechtliche Körperschaft ist, verlangt die moderne Subjektstheorie, daß das Gemeinwesen darüber hinaus als solches, also als Träger übergeordneter Gewalt tätig wird. Auch die Subjektstheorie geht sonach von der Über- bzw. Unterordnung der im Rechtsverhältnis Beteiligten als Voraussetzung für einen öffentlichen Rechtssatz aus. Mit anderen Worten bedeutet dies, daß das Formerfordernis öffentlich-rechtlicher Natur ist, wenn bei der formgebundenen Handlung die Gemeinde als Träger hoheitlicher Gewalt auftritt. Es ist privatrechtlicher Natur, wenn die formgebundene Tätigkeit von jedermann in gleicher Weise verwirklicht werden könnte.
Dieses Kriterium entspricht weitgehend der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes. Im Urteil des BGH vom 25.4.1960[2] wird für die Frage, ob das der Entscheidung zu Grunde liegende Rechtsverhältnis ein öffentlich-rechtlicher ider privatrechtlicher Vertrag ist, entscheidend auf den Gegenstand der vertraglichen Regelung abgestellt. Daraus ergibt sich, daß nicht jedes Handeln eines Gemeinwesens öffentlich-rechtlich ist, sondern nur dasjenige, das sich auf einen öffentlich-rechtlichen Gegenstand bezieht. Dementsprechend müssen die kommunalen Formvorschriften dann als privatrechtliche Regelung angesehen werden, soweit sie Tätigkeiten der Gemeinde betreffen, die jede andere Rechtsper-

---

1) Vgl. hierzu Wolff a.a.O., S. 69.
2) Betrieb 1960/755.

son ohne Rücksicht auf ihre etwaige hoheitliche Stellung ebenfalls vornehmen könnte. Dies trifft zu, wenn die Gemeinde private Rechtsbeziehungen gestaltet, beispielsweise einen Dienst- oder Kaufvertrag abschließt oder eine Bürgschaft eingeht. Die Formvorschriften sind öffentlich-rechtliche Regelungen, wenn durch das formgebundene Handeln öffentlich-rechtliche Pflichten oder Rechte begründet werden[1], ohne Rücksicht darauf, ob das Handeln äußerlich in die Form einer Unterwerfungshandlung oder einer gegenseitigen Vereinbarung gekleidet ist. So bleibt etwa eine vertragliche Vereinbarung, durch die die Gemeinde einem Bürger die Zahlung der Gewerbesteuer stundet, öffentlich-rechtliches Handeln, weil hierdurch über öffentliche Pflichten und Rechte verfügt wird.

Da die Abgrenzung zwischen öffentlichen und privatrechtlichen Willenserklärungen von der Frage abhängig ist, ob das Handeln der Gemeinde öffentlich-rechtliche Pflichten und Rechte begründet, kann nicht entscheidend sein, ob das Formerfordernis auch die privatrechtliche Betätigung der Gemeinde schützen soll. Ob und inwieweit eine Rechtsperson im bürgerlichen Rechtsverkehr durch die Einhaltung einer bestimmten Form geschützt werden soll, ist eine Regelung des Privatrechts und wird nicht dadurch zu einer öffentlich-rechtlichen Norm, daß der Geschützte im übrigen dazu berufen ist, öffentliche Aufgaben zu erfüllen. Soll auf diesem Gebiet einer Rechtsperson

---

1) Vgl. hiezu BGH, Urteil vom 29.11.1956, DVBl. 57/348, wo das Gericht feststellt, daß auch nichtbeamtete Fleischbeschautierärzte zu den Trägern der Gesundheitspolizei in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis stehen, da diesen auf Grund Gesetzes verwaltungspolizeiliche Aufgaben übertragen sind.

ein besonderer Schutz zuteil werden, so kann dies nur durch eine Änderung deer Privatrechtsordnung geschehen. Diese Folge entspricht im übrigen auch der Rechtssicherheit. Wenn die Gemeinde sich in die Sphäre des privatrechtlichen Rechtsverkehrs begibt, so muß sie auch voll und ganz deren Regeln unterworfen sein[1].

b) Eine Bestätigung für die hier vertretene Ansicht findet sich indirekt in der Rechtssprechung des Reichsgerichts. Das Reichsgericht hat in seinem Urteil vom 3.1.1911[2] die Geltungskraft einer landesrechtlichen Formvorschrift für den Abschluß anwaltschaftlicher Honorarverträge mit der Begründung bejaht, das Verhältnis des Anwalts zu seinem Mandanten sei nicht nur privatrechtlicher Natur, sondern erzeuge für den Anwalt auf Grund seiner Berufsstellung öffentlich-rechtliche Pflichten[3]. Wird aber die Gemeinde auf dem Gebiete des Privatrechts tätig, so entstehen für sie weder gegenüber der Allgemeinheit noch gegenüber dem Vertragspartner vergleichbare Pflichten, die als dem öffentlichen Recht zugehörig anzusehen wären.

c) Soweit die kommunalen Formvorschriften Sachverhalte treffen, die dem privaten Recht unterfallen, würden sie notwendigerweise die im Bürgerlichen Gesetzbuch kodifizierten Regeln des privaten Rechtsverkehrs abändern. Da die Gesetzgebungszuständigkeit insoweit dem Bund vorbehalten ist und das Bürgerliche Gesetzbuch eine abschließende Regelung

---

1) So Nipperdey für die Anwendung von Treu und Glauben in JZ 52/577 ff.

2) RGZ 75/98.

3) a.a.O. S. 105. Man denke hier insbesondere an die besonderen Standespflichten des Anwalts.

darstellt, verstößt eine landesrechtliche Regelung gegen Art. 55 EGBGB und Art. 31 GG. Auf dem Gebiete des Privatrechts sind also die landesrechtlichen Formvorschriften ungültig. Das in den Gemeindeordnungen niedergelegte allgemeine Formerfordernis enthält, soweit es die privatrechtliche Betätigung der Gemeinde betrifft, damit lediglich eine innerkörperschaftliche "Verwaltungsanordnung". Der Mangel der Form beeinflußt nicht die Wirksamkeit der abgegebenen Erklärung nach außen, sondern vermag allenfalls innerkörperschaftliche Haftungsansprüche und disziplinäre Folgen gegenüber handelnden Organen auszulösen[1].

d) Soweit die Gemeinde hoheitlich handelt, oder einen öffentlich-rechtlichen Vertrag abschließt, bezieht sich die Formvorschrift auf ein Handeln, das öffentliche Rechte und Pflichten erzeugt. Gegen eine solche Regelung bestehen keinerlei Bedenken hinsichtlich des Rangverhältnisses zwischen Bundes- und Landesrecht. Die Verletzung des Formerfordernisses macht den hoheitlichen Akt, bzw. die Willenserklärung beim Abschluß eines öffentlich-rechtlichen Vertrages, nichtig. Diese Folge wird nach herrschender Ansicht aus der einen allgemeinen Rechtsgrund-

---

1) So schon Fischer: Pr.VBl. Jg. 40 (1919) S. 261; Schreiber: Dt. NotZ. Jg. 11 (1911) S. 538; Jansen: RVBl. 35/653; Richter: RuPrVBl. Band 52 (1931) S. 685 (688). Letzterer jedoch mit der Beschränkung auf das Handeln von Organen, deren Zuständigkeit sich direkt aus dem Gesetz ergibt.

satz enthaltenden Vorschrift des § 125 BGB entnommen[1].

Eine andere Ansicht vertritt lediglich Wolff[2]. Er sieht die kommunalen Formvorschriften als "nicht unbedingt zwingende" Vorschriften an, formfehlerhafte Akte seien daher auch nicht nichtig, sondern lediglich aufhebbar. Zwingend seien die Formvorschriften deswegen nicht, weil sie nicht auch für Geschäfte der laufenden Verwaltung gelten. Hierbei übersieht Wolff, daß mit den Geschäften der laufenden Verwaltung nicht einzelne Geschäfte, sondern ein ganzer Aufgabenkreis vom Formzwang befreit ist. Der Umfang dieses Aufgabenkreises wird durch das Gesetz bestimmt und kann durch die handelnde Körperschaft nicht verändert werden. Es liegt nichts anderes als Regel (Verpflichtungserklärungen) und Ausnahme (Verpflichtungserklärungen, die der laufenden Verwaltung dienen) vor. Alle übrigen durch Gesetz abgegrenzten Aufgaben sind voll und ganz der Form unterworfen. Für diese Geschäfte ist sonach das Formerfordernis zwingende Gültigkeitsvoraussetzung[3].

---

1) So RG: JW 1905/446; RGZ 64/409; 67/269; 68/407; 73/205; Surén-Loschelder:a.a.O. Erl. 6 zu § 36 GO; Ausführungsanweisung 2 b zu § 36 DGO; Odenbreit: a.a.O. S. 350; Salzmann-Schunck: a.a.O. Anm. 2 zu § 50 GO; Lindemann: a.a.O. Erl. zu § 68 Abs. 1 GO; Schlempp: a.a.O. S. 88; Bohley: Bayr. Bürgermeister 53/267 ff; Wild: Bayr. Bürgermeister 55/175 (176).

2) a.a.O. S. 219.

3) Dies wäre nur anders, wenn etwa der Gemeinderat, so wie er seine Willensbildung auf das Vertretungsorgan übertragen kann, alle oder einzelne Verpflichtungserklärungen vom Formzwang nach seinem Willen befreien könnte.

IV. Teil

Der Einwand von Treu und Glauben bei fehlerhaftem gemeindlichem Handeln.

§ 14 Die Übertragung des im Zivilrecht entwickelten Vertrauensschutzes auf Rechtsbeziehungen im öffentlichen Recht.

1. Vertrauensschutz im öffentlichen Recht:

Staat und öffentlich-rechtliche Körperschaften bedürfen, wie die juristischen Personen des Privatrechts, menschlicher Mitwirkung, um handlungsfähig zu sein. Damit wird auch im Bereich staatlichen und kommunalen Handelns menschliches Versagen, u.U. böswilliges Verhalten möglich. Von dieser Seite aus gesehen, ist es geradezu eine zwingende Notwendigkeit, auch im öffentlichen Recht ein "Korrektiv" zu haben, mit dem man formal eindeutige, aber unbillige Ergebnisse vermeiden kann.

Die Forderung, auch das gemeindliche Handeln der Mindestregel anständigen und redlichen Verhaltens zu unterwerfen, kann man heute direkt aus dem Rechtsstaatsprinzip[1] ableiten, das vom Bundesverfassungsgericht als "Leitidee des Grundgesetzes" bezeichnet wurde[2]. Aus diesen Gründen müßte m.E. die Geltung des Vertrauensprinzips im öffentlichen Recht seit Erlaß des Grundgesetzes auch dann anerkannt werden, wenn in der Vergangenheit Billigkeitsgrundsätze lediglich im privaten Recht zugelassen gewesen wären. Im Rahmen dieser

---

1) Vgl. Art. 20, 28 GG.

2) BVerfG., Urteil v. 1.7.1953 = NJW 53/1138.

Arbeit muß jedenfalls der Hinweis genügen, daß nach herrschender Meinung der Vertrauensschutz in der Ausprägung des § 242 BGB ein allgemein rechtsgültiger Rechtsgrundsatz ist, dem jedenfalls dem Grundsatz nach auch das öffentliche Recht unterworfen ist[1].

2. Allgemeine Kriterien für die Gültigkeit des Gutglaubensschutzes bei öffentlich-rechtlichem Hándeln.

Der wesensmäßige Unterschied von Rechtsbeziehungen der Menschen im privaten Bereich zu den Beziehungen zwischen Staat und Bürger verbietet eine unkritische Übertragung der für das Privatrecht entwickelten Billigkeitsgrundsätze. Staatliches und kommunales Handeln dient zumindest auf dem Gebiet der Daseinsvorsorge und noch mehr bei hoheitlichem Handeln in erster Linie dem öffentlichen Interesse. Dieses öffentliche Interesse kann gebieten, daß der gewaltunterworfene Bürger ein Opfer bringt, das dieser als unbillig empfindet. Die für das Privatrecht entwickelten Grundsätze des Vertrauensschutzes müssen daher in jedem Falle auf ihre Brauchbarkeit für öffentlich-rechtliche Beziehungen nachgeprüft werden[2].

---

1) Eine dem § 242 BGB entsprechende Generalklausel im öffentlichen Recht wurde erstmals nach dem I. Weltkrieg gefordert. Für eine analoge Anwendung haben sich ursprünglich ausgesprochen: Meyer - Brenecke: A.ö.R. n.F. 11/243; Hartmann/ Verw.Arch. 25/389 ff. Erstmals direkte Gültigkeit des Vertrauensprinzips im öffentlichen Recht wurde gefordert von Schüle: Verw.Arch. 38/408 ff.
Vgl. ferner Forsthoff a.a.O. § 9; Scholz Verw.Arch. 41/403 ff; ständige Rechtssprechung des Reichsgerichts, vgl. vor allem RGZ 113/24; ebenso BGH: BGZ 6/330,21/59; bestätigt durch das Bundesverfassungsgericht und Bundesverwaltungsgericht: BVerfGE 1/149, BVerwGE 1/254. Vgl. im übrigen die bei Weber: Staudingers Kommentar zum BGB a.a.O. A 61 angegebenen Fundstellen.

2) Vgl. hierzu Stich, jur.Dis. Mainz, 1954 S. 43.

a) Vertrauensgrundlage:

Ist das Verhalten dessen, dem gegenüber der Einwand des Verstosses gegen Treu und Glauben erhoben werden soll, klar und eindeutig auf den sich aus der formellen Rechtslage ergebenden Erfolg gerichtet, so scheidet eine Korrektur nach Billigkeitsgrundsätzen von vornherein aus. Der Vertrauensschutz erfordert stets eine Erklärung oder ein Verhalten des einen Teils, aus dem objektiv auf einen bestimmten Erfolg geschlossen werden kann, der jedoch andererseits der formellen Rechtsgrundlage nicht entspricht; m.a.W. es muß ein Verhalten vorliegen, das einen mit der wirklichen Rechtslage nicht übereinstimmenden Rechtsschein hervorruft.

Aus der Tatsache, daß z.B. jemand einen Gegenstand zum Verkauf anbietet, ergibt sich der Rechtsschein, der Anbietende sei auch Eigentümer. Die Unterzeichnung eines Vertrages mit dem Zusatz "Der Bürgermeister" erzeugt den Rechtsschein zuständigen Handelns.

b) Das Vertrauen:

Derjenige, der die mit dem Rechtsschein nicht übereinstimmende formelle Rechtslage erkennt, bedarf keines Schutzes. Eine Konfliktssituation, bei der der Erfolg als unbillig empfunden werden kann, vermag nur zu entstehen, wenn der Erklärungsempfänger an den erzeugten Rechtsschein auch subjektiv glaubt. In dem Fall, in dem einem Bürger ein Vertrag ausgehändigt wird, der vom Bürgermeister unterzeichnet ist, muß der Bürger auch tatsächlich darauf vertraut haben, daß der für die Gemeinde Handelnde zuständig ist. Weiß er dagegen, daß der Handelnde nicht

Bürgermeister ist, so kann er sich niemals auf Treu und Glauben berufen.

Die besonderen Schwierigkeiten, die bei der Anwendung des Vertrauensprinzips im öffentlichen Recht entstehen, liegen darin, daß der Vertrauensschutz auch dann ausgeschlossen ist, wenn der Bürger fahrlässig auf den Rechtsschein vertraut. Für die hier interessierenden Zuständigkeits- und Formmängel entsteht daher die Frage, ob auf Seiten des Bürgers schon dann mangelnde Sorgfalt vorliegt, wenn er die wirkliche Rechtslage etwa durch Einsicht in den Geschäftsverteilungsplan oder durch genaue Nachprüfung gesetzlicher Vorschriften ermitteln könnte. Von der Gemeinde aus gesehen kann fraglich sein, ob zwischen ihr und dem Bürger ein so enges Verhältnis besteht, daß man tatsächlich von einem Vertrauensverhältnis sprechen kann.

c) Das Opfer:

Eine Korrektur der formellen Rechtslage zu Gunsten der Billigkeit ist nur gerechtfertigt, wenn der Vertrauende sich so stark auf den Rechtsschein eingestellt hat, daß billigenswerte Interessen verletzt würden. Hier kann für die Zuständigkeits- und Formvorschriften insbesondere fraglich sein, ob das sogenannte "öffentliche Interesse" an der Einhaltung dieser Vorschriften auch gegenüber billigenswerten Privatinteressen grundsätzlich vorrangig ist, oder ob in jedem Einzelfall die Interessen gegeneinander abzuwägen sind.

d) Die Zurechenbarkeit.

Die Mißachtung der formellen Rechtslage kann nur verantwortet werden, wenn der Rechtsschein von dem erzeugt wurde, gegen den sich der Einwand von Treu

und Glauben richtet. Erhebt etwa der Bürger gegen die Gemeinde den Einwand von Treu und Glauben, so muß entweder die Gemeinde die Vertrauensgrundlage willentlich geschaffen haben oder aber, wenn sie ohne ihr Zutun entstanden ist, wenigstens die Entstehung geduldet haben. Für das hier in Frage stehende fehlerhafte Handeln der Gemeinde ist nun problematisch, unter welchen Voraussetzungen man davon reden kann, die Gemeinde als Körperschaft habe erkannt bzw. geduldet.

§ 15 Der Einwand von Treu und Glauben bei Zuständigkeitsmängeln.

1. Die Berufung der Gemeinde auf Treu und Glauben bei mangelhafter Vertretungsbefugnis:

a) Auf dem Gebiete des privaten Rechts:

Aus dem oben[1] dargestellten Unterschied zwischen Organmacht (Vertretungsmacht) und Organbefugnis (Vertretungsbefugnis) ergibt sich, daß mangelnde Organbefugnis die Gültigkeit der Handlung nicht zu berühren vermag, soweit das Organ innerhalb der Grenzen seiner Zuständigkeit bleibt. Grundsätzlich ist daher ein Vertrag, den das Hauptvertretungsorgan (beispielsweise der Bürgermeister in Bad.-Württ.) entgegen einem Ratsbeschluß abschließt, gültig zustande gekommen. Hier erhebt sich also die Frage, ob die Gemeinde sich darauf berufen kann, der Vertragspartner habe gewußt oder hätte es wissen müssen, daß das Hauptvertretungsorgan den Vertrag in dieser Weise nicht abschließen durfte.

aa) Kollusion:

Eindeutig ist die Rechtslage, wenn Bürger und Organ bewußt zum Nachteil der Gemeinde zusammenwirkt (sogenannte Kollusion). Es gibt keinen vernünftigen Grund, insoweit das Organ anders zu behandeln als den rechtsgeschäftlichen Bevollmächtigten. Hier wie dort ist nach der vom Reichsgericht entwickelten Rechtssprechung[2] anzunehmen, daß das Geschäft ge-

---

1) Vgl. § 6 unter 1.

2) Vgl. RGZ 130/131 (142); 134/43 (46); 136/56.

mäß § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrig und damit nichtig ist[1]. Insoweit findet also der Gutglaubensschutz in der speziellen Ausprägung des § 138 BGB voll und ganz Anwendung.

bb) Mißbrauch der Vertretungsmacht:

Schwieriger ist die Frage, ob die Regeln des sogenannten "Mißbrauchs der Vertretungsmacht"[2] auch auf den Fall anzuwenden sind, daß etwa ein Bürger vom Beschluß des Gemeinderats erfährt und dann ohne weitere Beeinflussung des Organs einen andersartigen Vertrag mit diesem abschließt. Eigenartigerweise hat sich mit diesem Problem bisher weder Rechtssprechung noch Literatur befaßt. Dies mag nicht zuletzt darauf zurückzuführen sein, daß weitgehend die Auffassung vertreten wird, schon der Verstoß gegen einen Ratsbeschluß mache die Organhandlung unwirksam. Prüft man dieses Problem an den erarbeiteten Kriterien des Vertrauensschutzes[3] so ergibt sich folgendes:

Kennt der Bürger beim Abschluß des Vertrages den entgegenstehenden Ratsbeschluß, oder weiß er bei abgeleiteter Organschaft von einer entgegenstehenden Weisung des unmittelbaren Organs, so ist zwar zwischen Bürger und Gemeinde die Vertrauensgrundlage gegeben. Schon am 2. Kriterium fehlt es jedoch. Die Gemeinde - bei unmittelbarer Organschaft repräsentiert durch den Rat, bei mittelbarer Organschaft repräsentiert durch das Hauptvertretungsorgan - kann niemals darauf vertrauen, der Rechtsschein entspreche der formellen Rechtslage. Das Vertrauen müßte sich

---

1) Vgl. hierzu statt vieler: Enneccerus-Nipperdey: Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts a.a.O., 2. Halbband § 183 I 5.

2) Vgl. RGZ 58/356, insbesondere: RGZ 145/311 ff.

3) Vgl. oben S. 153 ff.

nämlich darauf beziehen, daß der gefaßte Beschluß oder die Weisung nach außen gültig sei. Der Rechtsschein bezieht sich also allein auf Körperschaft und Organ, also auf ein Verhältnis im Innern der juristischen Person und nicht auf das Verhältnis zum außenstehenden Partner. Gegenüber dem Bürger besteht gar kein Rechtsschein, auf den sich die Gemeinde berufen könnte.

Endlich ist fraglich, ob man im geschilderten Falle dem Bürger den erzeugten Rechtsschein zurechnen kann. Da das Organ, gleichgültig ob seine Macht auf mittelbarer oder unmittelbarer Organschaft beruht, Teil der Körperschaft ist und dieses den Rechtsschein erzeugt hat, würde sich die Gemeinde auf einen Rechtsschein berufen, der ihr selbst zuzurechnen ist. Dies widerspricht aber dem Sinn eines Interessenausgleichs, weil in diesem Fall die Fehlerquelle nicht bei dem liegt, gegen den sich die Berufung auf Treu und Glauben richtet[1].

Unbedenklich und unproblematisch ist dagegen die Anwendung von Treu und Glauben in dem Fall, da der Partner der Gemeinde die mangelnde Vertretungsbefugnis des rechtsgeschäftlich Bevollmächtigten kennt. Unbedenklich deswegen, weil gemäß § 166 BGB stets der Bevollmächtigte Zurechnungsobjekt ist. Schließt also der Bevollmächtigte einen Vertrag ab, der den Weisungen des zuständigen Gemeindeorgans widerspricht und erkennt dies der Bürger, so sind die Vorschriften der §§ 177 ff BGB entsprechend anwendbar.

---

1) A.A. ohne nähere Begründung Enneccerus-Nipperdey a.a.O., 2. Halbband, § 183 I 5, der die Regeln des Mißbrauchs der Vertretungsmacht allgemein u. ohne Einschränkung auch auf körperschaftliches Handeln anwenden will.

b) Auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts:

aa) Kollusion:

Im Falle des Zusammenwirkens von Gemeindeorgan und Bürger zum Nachteil der Gemeinde handelt es sich aus der Sicht des Bürgers, soweit hoheitliches Handeln in Frage steht, stets um einen "erschlichenen Verwaltungsakt". Dieser ist nach den Regeln des allgemeinen Verwaltungsrechts in entsprechender Anwendung des § 138 BGB als nichtig anzusehen[1].

bb) Mißbrauch der Vertretungsmacht:

Die oben[2] für das Gebiet des privaten Rechts entwickelten Gedanken gelten voll und ganz auch für hoheitliches Handeln eines Organs ohne Vertretungsbefugnis. Entscheidend ist auch hier, daß Organ und Körperschaft eine untrennbare Einheit bilden. Damit ist es rechtlich unmöglich, daß die Gemeinde dem Partner den von ihr selbst erzeugten Rechtsschein entgegenhalten kann.

Die hier behandelte Frage kann hinsichtlich eines rechtsgeschäftlich Bevollmächtigten nicht entstehen, weil diese grundsätzlich zu öffentlich-rechtlicher Tätigkeit nicht ermächtigt werden kann.

2. Die Berufung des Bürgers auf Treu und Glauben bei mangelnder Vertretungsmacht:

a) Auf dem Gebiete des privaten Rechts:

Handelt ein Organ außerhalb des ihm zukommenden Aufgabenkreises, so liegt, wie festgestellt, ein organschaftliches Handeln nicht vor. Auf dem Gebiete des Privatrechts wird sonach das handelnde Organ "als Fremdkörper" tätig, d.h. es ist Vertreter ohne Vertretungsmacht i.S. der §§ 177 ff BGB.

---

1) Vgl. statt vieler: Forsthoff a.a.O., S. 155.
2) Oben S. 158 f.

Ob sich nun in Fällen, in denen vollmachtloses Handeln nicht nachträglich durch das zuständige Organ genehmigt wurde, eine Bindung der Gemeinde aus dem Vertrauensprinzip ergibt, ist umstritten:
Das Reichsgericht[1] hat wiederholt darauf abgehoben, daß die Vorschriften über die Vertretung öffentlich-rechtlicher Körperschaften als Satzungsvorschriften eine Vertretungsmacht aus anderen Tatbeständen ausschließe. Dem hat sich die Rechtssprechung des Obersten Gerichtshofes für die britische Zone[2] mit dem Hinweis auf die zwingende Natur der öffentlich -rechtlichen Vertretungsvorschriften, angeschlossen. Die Rechtssprechung des Bundesgerichtshofes ist im Ergebnis unterschiedlich. Während das Gericht in seinem Urteil vom 28.2.1952[3] die Grundsätze über die vermutete Vollmacht nur im Verkehr mit Kaufleuten oder wirtschaftlichen Betrieben für anwendbar hält, geht das Gericht in seinem Urteil vom 21.4.1955[4] von der grundsätzlichen Gültigkeit, der für die Duldungsvollmacht entwickelten Rechtssprechung auch gegenüber öffentlich-rechtlichen Körperschaften aus[5].
Die Lehre von der Duldungs- und Anscheinsvollmacht besagt, daß der Vertretene sich dann nicht auf das vollmachtslose Handeln eines Vertreters berufen kann, wenn er sich so verhält, daß der Geschäftspartner von einer ausdrücklichen Duldung vollmachtlosen

---

1) RGZ 116/227 (230); 127/226 (228); 146/42 (49); 157/207, ebenso neuerdings OLG München = MDR 53/165.

2) OGHZ 2/319.

3) BGHZ 5/205 (212 f); ähnlich Urteil vom 5.1.1955, MDR 55/213. Ebenso: Beitzke: MDR 53/1; Soergel - Lindenmaier: Kom. zum BGB 8. Auflage § 167 Anm. 4 a).

4) NJW 55/985. Vgl. hierzu auch BGH in BB 55/60.

5) Ebenso: Scholz: NJW 53/961; Nipperdey: JZ 52/577.

Handelns ausgehen darf[1]. Das Hauptkriterium für die Frage, ob der Bürger sich auf Treu und Glauben berufen kann, liegt sonach in der Zurechenbarkeit begründet. Die Zurechenbarkeit beurteilt sich aber nicht nach dem Verhalten des angeblichen Vertreters, sondern nach dem Verhalten des zuständigen Organs. Der Gemeinde kann grundsätzlich die vom Unzuständigen geschaffene Vertrauenslage nur dann zugerechnet werden, wenn dem zuständigen Organ die Tätigkeit des Vertreters ohne Vertretungsmacht bekannt war. Dem ist der Fall gleichzustellen, daß das zuständige Organ aus Nachläßigkeit von dem Verhalten des falschen Vertreters nichts erfahren oder nicht unverzüglich für Abhilfe gesorgt hat. Der Gemeinde kann grundsätzlich ein Verstoß gegen Treu und Glauben nur dann vorgeworfen werden, wenn ihr der Rechtsschein auch zuzurechnen ist, d.h., wenn sich das zuständige Organ so verhält, daß der Bürger die Zustimmung der Gemeinde annehmen darf[2)3)].

Festzuhalten ist sonach, daß sich aus dem Verhalten des Unzuständigen niemals eine Vertrauenslage für den Bürger ergeben kann.

---

1) Vgl. RGZ 162/129 (148), 170/281 (284); BGHZ 5/111 (116). Die bei der Annahme einer Duldungs- oder Anscheinsvollmacht notwendige Interessenabwägung führt m.E. dazu, daß die Gemeinde im privaten Rechtsverkehr den von ihr erzeugten Rechtsschein zu vertreten hat.

2) In diesem Sinne: RGZ 162/129. In dieser Entscheidung weist das Reichsgericht ausdrücklich darauf hin, daß es für die Beurteilung eines Verstosses gegen Treu und Glauben auf das Verhalten des zuständigen Organs ankommt.

3) Man denke hier an den Fall, daß ein Unzuständiger bei einem Schreibwarengeschäft Papier für Gemeindezwecke bestellt und der Bürgermeister der schriftlichen Auftragsbestätigung der Lieferfirma nicht widerspricht, obwohl sie ihm zur Kenntnis gelangt.

Nipperdey[1] weist in diesem Zusammenhang darauf hin, daß die öffentliche Hand grundsätzlich dann wie jede andere private Rechtsperson zu behandeln sei, wenn diese sich in die "Arena des Privatrechts" begibt. Da die Gemeinde bei privatwirtschaftlicher Betätigung jedermann auf Grund einer rechtsgeschäftlichen Vollmacht zur Vertretung beauftragen könnte, bedürfen die ansonst zwingenden Vertretungsregeln nicht des Schutzes wie beim Tätigwerden auf öffentlich-rechtlichem Gebiet[2]. Im übrigen würde die grundsätzliche Ablehnung der Duldungsvollmacht der Tatsache nicht gerecht, daß die Gemeinde immer mehr zu einem nicht zu unterschätzenden Wirtschaftsfaktor geworden ist. Der Grundsatz der Gleichstellung der im privaten Rechtsverkehr Beteiligten, fordert aber, daß die Gemeinde, wie jedes andere wirtschaftliche Unternehmen auch, an den von ihr erzeugten Rechtsschein gebunden ist.

b) Auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts:

Nach der hier vertretenen Auffassung[3] ist Handeln auf hoheitlichem Gebiete nichtig, da es der Körperschaft nicht zugerechnet werden kann[4]. Andererseits ist die Rechtskonstruktion einer Anscheins- oder Duldungsvollmacht ihrem Charakter nach rein zivilrechtlich und kann auf öffentlich-rechtliches Handeln nicht übertragen werden. Auch hier gelten

---

1) Nipperdey: "Formmangel, Vertretungsmangel, fehlende Genehmigung bei Rechtsgeschäften der öffentlichen Hand und Treu und Glauben", JZ 52/577 (578).

2) Vgl. hierzu BGH Urteil vom 21.4.1955, NJW 55/985.

3) Vgl. oben S. 88 f.

4) Vgl. hierzu die bei Eyermann - Fröhler a.a.O., Anhang zu § 42 VwGO RNr. 3 und 5 zitierte Rechtsprechung.

jedoch die für das Privatrecht entwickelten Grundsätze[1]. Sofern sich also aus dem Verhalten des zuständigen Organs ergibt, daß sich die Gemeinde an das Handeln des Unzuständigen gebunden fühlt und der Bürger in eine besondere Opferlage gerät, bestehen auch im öffentlichen Recht keine grundsätzlichen Bedenken gegen die Gültigkeit von Treu und Glauben. Voraussetzung einer Heilung des nichtigen Akts ist hier aber, daß dieser nicht gegen andere zwingende Normen verstößt, die Fehlerhaftigkeit also nur in der mangelnden Zuständigkeit begründet ist[2].

---

1) Vgl. oben S. 162.

2) Als Beispiel sei hier die von einem Unzuständigen erteilte Baugenehmigung genannt. Erheben sich gegen den genehmigten Bau keine baupolizeilichen Bedenken, so wird der Bürger, der mit dem Bauen schon begonnen hat, schwer und unzumutbar getroffen, könnte sich auch hier die Gemeinde auf die Nichtigkeit der Verfügung berufen.

§ 16 Der Einwand von Treu und Glauben bei Formmängeln.

Die Frage, ob der Einwand von Treu und Glauben beim Verstoß gegen die kommunalen Formvorschriften erhoben werden kann, ist ebenfalls umstritten. Die Meinungsverschiedenheiten konzentrieren sich aber weitgehend darauf, ob eine Behörde bei privaten Rechtsgeschäften an das Vertrauensprinzip gebunden ist. Nach der hier vertretenen Auffassung[1] kann diese Frage überhaupt nicht entstehen, weil den kommunalen Formvorschriften eine Außenwirkung nicht zukommt[2]. Es bleibt sonach lediglich zu prüfen, ob die Gemeinde bei formfehlerhaftem Handeln auf öffentlich-

---

1) Vgl. oben § 13.

2) a) Ausgehend von der Geltungskraft der kommunalen Formvorschriften auch bei Privatgeschäften der öffentlichen Hand, verneinen die Bindung an das Vertrauensprinzip völlig: RGZ 157/207; BGHZ 6/330 ff = NJW 52/1130; OGHZ 1/242 = NJW 49/103; OGHZ 2/319 = NJW 50/68; OLG München, DVBl. 53/516; OVG Münster, DÖV 53/413; ebenso Beitzke: MDR 53/1; H.J. Wolff: MDR 53/167; Wild: NJW 55/693; Capeller: MDR 56/17; Salzmann - Schunck a.a.O., Erl.3 zu § 50 GO; Hölzl:a.a.O., Anm. 3 b zu § 38 GO. Die Begründung besteht zumeist darin, daß unter Übernahme der reichsgerichtlichen Rechtssprechung in der kommunalen Formvorschrift in erster Linie eine Vertretungsregelung gesehen wird.

b) Die Bindung der privatrechtlichen Tätigkeit der Gemeinde an das Vertrauensprinzip bejaht für Ausnahmefälle: BGHZ 21/59; OLG Celle, NJW 55/714; LG Lübeck, MDR 52/745; LG Verden, MDR 55/545. Danach soll die Berufung auf die Formnichtigkeit dann gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn sich nach dem bisherigen Verhalten des auf die Formnichtigkeit Berufenden eine "befriedigende Lösung" ausschließlich durch die rechtsgeschäftliche Bindung erreichen läßt.

c) Für die Gültigkeit des Vertrauensprinzips ohne Einschränkung sprechen sich aus: Nipperdey: JZ 52/577; Scholz: NJW 56/50/81.

rechtlichem Gebiet unter Umständen den Einwand von Treu und Glauben gegen sich gelten lassen muß.

1. Rechtssprechung und Literatur zum Gutglaubensschutz bei öffentlich-rechtlichen Formvorschriften.

a) Formvorschriften im Beamtenrecht:

Auf dem Gebiete des Beamtenrechts war ständige Rechtssprechung des Reichsgerichts[1], daß Erklärungen, die die Rechtsstellung des Beamten berühren, nur unter Einhaltung der hierfür gegebenen Formen wirksam sind. Dieser Rechtssprechung hat sich der Bundesgerichtshof[2] im wesentlichen angeschlossen. Soweit ersichtlich, hat lediglich das Oberlandesgericht Oldenburg[3] in einem Beamtenrechtsfall die Anwendung von Treu und Glauben bejaht. Für den diesem Urteil zugrundeliegenden Sachverhalt erklärte es das Gericht als arglistig, wenn sich die Behörde auf Formmängel eines Ruhestandsbescheids berufe, nach dem dem Beamten nach der formwidrigen Zurruhesetzung ein Jahr lang die volle Pension ausbezahlt wurde.

Die strenge Rechtssprechung zum Beamtenrecht wird stets damit begründet, daß das öffentliche Interesse in der besonderen Stellung des Beamten eine eindeutige Rechtslage erfordere.

---

1) Vgl. RGZ 96/302, 114/130, 122/66, 141/246, 158/124.

2) Vgl. BGHZ 3/1, 30, 307; 6/348.

3) Vgl. Urteil vom 12.5.1950 = DVBl. 51/19.

b) Formvorschriften im allgemeinen Verwaltungsrecht:

Soweit im Wohnraumbewirtschaftungsrecht und Sachleistungsrecht Formvorschriften vorhanden sind bzw. waren, geht die überwiegende Meinung[1] ebenfalls von der Nichtanwendbarkeit der Gutglaubensvorschriften aus. Dabei gehen die Gerichte im allgemeinen davon aus, daß gegenüber der Formnichtigkeit auch nicht auf stillschweigende Duldung verwiesen werden könne[2].

Zu einer anderen Auffassung ist, soweit ersichtlich, lediglich der Bad.-Württ. VGH[3] in zwei Entscheidungen, das LVG Gelsenkirchen[4] und VG Berlin[5] in je einer Entscheidung gekommen.

Entscheidende Hinweise für eine allgemeine Lösung ergeben sich jedoch aus den Begründungen der zitierten Urteile nicht. Soweit die Anwendung von Treu und Glauben verneint wird, wird diese Auffassung mit der postulierten Vorrangigkeit öffentlich-rechtlicher Formvorschriften belegt; soweit die Anwendung bejaht wird, wird wiederum ohne weitere Begründung das private Interesse des Betroffenen

---

1) Vgl. BGHZ 14/274 (281); VGH München Urteil vom 22.4.1952 = ZMR 52/164; OVG Münster Urteil vom 26.6.1952 = ZMR 52/215.

2) Vgl. Hess. VGH Urteil vom 18.8.1950 - = DVBl. 51/258; OVG Münster Urteil vom 26.6.1952 = ZMR 52/215 und Urteil vom 3.3.1953 = ZMR 53/194.

3) DVBl. 52/223, DÖV 53/572.

4) JR 51/114.

5) JR 55/35.

als so billigenswert bezeichnet, daß demgegenüber die "bloße" Formvorschrift zurückzutreten habe. Lediglich das Bundessozialgericht[1] bringt insofern einen neuen Gesichtspunkt, als es den Einwand von Treu und Glauben für zulässig erachtet, soweit die formlose Handlung nicht darüber hinaus gegen andere zwingende Normen verstößt.

Auch das Schrifttum[2] vertritt fast einhellig die Auffassung, daß gegenüber Formmängeln beim Verwaltungshandeln die Berufung auf Treu und Glauben versagen müsse. Soweit neuerdings von Nipperdey[3] und Scholz[4] eine weitergehende Anwendung des Gutglaubensschutzes auch im öffentlichen Recht gefordert wird, geschieht dies lediglich für die privaten Rechtsgeschäfte der öffentlichen Hand.

2. Eigene Stellungnahme:

Auch hier soll versucht werden, die Frage an den dargestellten Kriterien des Gutglaubensschutzes (Vertretungsgrundlage, Vertrauen, Opfer, Zurechenbarkeit) zu prüfen.

a) Der Gutglaubensschutz des Bürgers gegenüber der Berufung der Gemeinde auf die Formnichtigkeit:

Schließt die Gemeinde mit einem Bürger einen öffentlich-rechtlichen Vertrag ab (Gleichordnung)[5] oder erteilt sie dem Bürger eine Genehmigung (Über- und Unterordnung)[6] so unterfällt die Erklärung der Gemeinde den in den Gemeindeordnungen enthaltenen Formvorschriften.

---

1) Urteil vom 21.3.1961 = NJW 61/1646.

2) Vgl. Forsthoff a.a.O., S. 143; Peters a.a.O., S. 164; Fischbach: Kom.z.BBG, Anm. A II zu § 11 BGB. Im übrigen s. die Zusammenstellung bei Weber in Staudinger a.a.O., Anm. D 431 zu § 242 BGB.

3) JZ 52/577.

4) NJW 56/50, 81.

5) Zum Beispiel einen Konzessionsvertrag.

6) Zum Beispiel die Genehmigung des Konzessionsvertrages.

aa) Jedes Handeln eines für die Körperschaft zuständigen Organs erzeugt den Rechtsschein einer wirksamen körperschaftlichen Handlung. Zumindest bei oberflächlicher Betrachtung muß man daher vom Bestehen einer besonderen Vertrauensgrundlage ausgehen. Fraglich kann lediglich sein, ob nicht die Eigenart der öffentlichen Rechtsbeziehungen verhindert, daß ein im Sinne des Gutglaubensschutzes beachtenswertes Band zwischen Bürger und Gemeinde entsteht. Diese Frage ist identisch mit dem Problem, ob das sogenannte "öffentliche Interesse" grundsätzlich den privaten Interessen des betroffenen Bürger vorgeht.

Eine allgemeine Lösung des Problems wird dadurch erschwert, daß die Tätigkeit der Verwaltung der Sache noch sehr verschiedenartige Aufgaben umfaßt.Die Skala reicht vom rein fiskalischen Handeln (die privaten Rechtsgeschäfte der Gemeinde, die hier nicht zu behandeln sind) über die Daseinsvorsorge[1] bis zum hoheitlichen Handeln mit strenger Über- und Unterordnung[2].

Die inhaltliche Verschiedenheit der danach möglichen Verpflichtungserklärungen verbietet es meines Erachtens auf der einen Seite allgemein von einem "Primat des öffentlichen Interesses" zu sprechen[3]. Andererseits sollte jedoch zumindest für das hoheitliche Handeln der Gemeinde das öffentliche Interesse als mögliche Schranke für den Gutglaubensschutz nicht völlig außer Betracht bleiben[4].

---

1) Beispiel: Die Versorgung der Bürger mit Elektrizität, Gas, Wasser; Anstaltsrecht.

2) Beispiel: Polizeiverfügung, Enteignung.

3) So jedoch Hedemann: "Die Flucht in die Generalklausel" 1933; Hamburger: LZ 31/1438; derselbe: JW 32/2706; Gowa: "Die Rechtsnorm von Treu und Glauben im Verwaltungsrecht", Dis. Hamburg 1933.

4) So jedoch K.M. Schmitt: "Treu und Glauben im Verwaltungsrecht", Neue Deutsche Forschung, Band 43, 1935.

Einem Primat des öffentliches Interesses steht schon die Tatsache entgegen, daß es sich bei dem Gutglaubensschutz, der in § 242 BGB seine gesetzliche Ausprägung gefunden hat, um einen allgemeinen Rechtsgrundsatz handelt. Auch die Wahrung von Treu und Glauben muß im allgemeinen im öffentlichen Interesse liegen[1]. Die Entscheidung, ob im gegebenen Fall das öffentliche Interesse an fehlerfreiem Verwaltungshandeln den Vertrauensschutz begrenzt oder nicht, muß daher für jeden Einzelfall gesondert geprüft werden[2]. Allgemein kann hierzu nur folgendes gesagt werden:
Soweit die Gemeinde eine Aufgabe mit den Verwaltungsmitteln des öffentlichen Rechts erfüllt, die auch in den Formen des Privatrechts zu verwirklichen wäre[3], ändert sich das öffentliche Interesse wohl kaum dadurch, daß in dem einen Falle öffentliches Recht, im anderen Falle privates Recht Anwendung findet. Hier sollte meines Erachtens der Vertrauensschutz unter den Voraussetzungen voll und ganz Anwendung finden, die die Rechtssprechung für Privatrechtsgeschäfte der öffentlichen Hand entwickelt hat[4]. Demnach wäre der Einwand von Treu und Glauben

---

1) Vgl. Schüle a.a.O., S. 433; Peters a.a.O., S. 164.

2) Im gegebenen Fall wurde der Vorrang des öffentlichen Interesses gegenüber der Berufung auf Treu und Glauben bejaht von: BGHZ 14/274 (281); BVerwG., DÖV 58/178; OVG Berlin, BBauBl. 59/400; OVG Berlin DÖV 60/518.
Im gegebenen Fall für den Vorrang des privaten Interesses: VGH Stuttgart, DVBl. 52/223; LVG Gelsenkirchen, JR 51/114; VG Berlin, JR 55/35; BSG, NJW 61/1646.
Vgl. hierzu ferner: BVerwG., DÖV 60/553; BVerwG., NJW 62/360; Haas MDR 53/651.

3) Im wesentlichen wird es sich hierbei um Fälle der Daseinsvorsorge handeln, wie etwa die Gegenüberstellung: Subvention - Darlehen, öffentlich-rechtliches Verkehrsunternehmen (Eisenbahn) - privat-rechtliches Beförderungsunternehmen zeigt.

4) Vgl. oben S. 153 Anm. 1.

gegen die Berufung auf die Formnichtigkeit dann zulässig, wenn das Verhalten des sich auf die Nichtigkeit Berufenden ergibt, daß er sich an die formlos eingegangenen Verpflichtungen gebunden fühlt oder Vorteile hieraus in Anspruch genommen hat[1].

Anders ist die Sachlage, wo durch die Verpflichtungserklärung unmittelbar öffentliche Rechte und Pflichten entstehen. Bei der hoheitlichen Verwaltung gehört die Einhaltung der Form grundsätzlich zur Gesetzmäßigkeit der Verwaltung. Insoweit wird zu Recht im allgemeinen[2] das Entstehen einer besonderen Vertrauensgrundlage nicht für ausreichend erachtet, die Formnichtigkeit zu beseitigen. Auch die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung hat jedoch meines Erachtens in ihren strengen Auswirkungen ihre Grenze dort, wo das handelnde Organ den Formfehler grobfahrlässig oder gar bewußt verschuldet und Maßnahmen ergreift, aus denen der Bürger schließen darf, daß sich die Gemeinde an die Erklärungen gebunden fühlt. Man denke etwa an das Beispiel, daß der Bürgermeister einem Taxiunternehmen mündlich durch wegerechtliche Konzession einen Standplatz zuweist; der Unternehmer hierauf Anschaffungen von Betriebsmitteln macht und über längere Zeit unwidersprochen Gewerbesteuer an die Gemeinde abführt. Beruft sich die Gemeinde trotzdem nach Jahren auf die Formlosigkeit der Konzession, obwohl die sonstigen sachlichen Voraussetzungen für die Erteilung geblieben sind, so liegt es geradezu im Interesse eines klaren Verwaltungshandelns, daß die Konzession bestehen bleibt[3].

---

1) Vgl. hierzu statt vieler BGHZ 21/59.

2) Vgl. oben S. 169 Anm. 2.

3) Vgl. hierzu BSG, Urteil vom 21.3.1961 = NJW 61/1646.

bb) Der Einwand des Bürgers gegen die Nichtigkeit der formlosen öffentlich-rechtlichen Verpflichtungserklärung kann nur dann zugelassen werden, wenn dieser nach der Sachlage darauf vertraut hat und auch vertrauen durfte, daß auch formloses Handeln gültig sei. Bei der heute für den Laien kaum mehr übersehbaren Rechtsordnung, insbesondere im öffentlichen Recht, wird man hier weitherzig sein müssen und eigenes Verschulden dem Bürger nur dann zurechnen können, wenn sich nach der Bedeutung der Sache jedem vernünftig denkenden Menschen Zweifel aufdrängen müssen, ob eine solche weittragende Entscheidung durch bloße mündliche Erklärung getroffen werden kann. Damit wird man auch dem vom Formzwang angestrebten Schutz der Gemeinde gerecht, weil gerade kommunal-politisch wichtige Dinge, dann an die Form gebunden bleiben[1]. Im übrigen wird man hier von Fall zu Fall entscheiden müssen, ob sich wegen der besonderen Bedeutung der Sache dem Partner der Gemeinde hätte aufdrängen müssen, daß die Verpflichtung der Gemeinde an bestimmte Voraussetzungen gebunden ist.

cc) Daß der Bürger sich auf die formwidrige Zusage einrichten muß, so daß eine besondere Opferlage entsteht, ist selbstverständlich. Hinsichtlich dieser allgemeinen Voraussetzung des Gutglaubensschutzes entstehen in dem Zusammenhang dieser Arbeit keine besonderen Probleme.

---

1) Eine solche Behandlung hätte beispielsweise zur Folge, daß eine wegerechtliche Konzession für ein kleines, für den Verkehr unwichtiges Stück Straße gegebenenfalls auch mündlich möglich wäre, dagegen etwa die Konzession für ein neu errichtetes Straßenbahnunternehmen voll und ganz unter dem Schutz des Formzwangs stünde.

dd) Die besonderen Umstände, aus denen der Rechtsschein einer gültigen Verpflichtung entsteht, müssen der Gemeinde zurechenbar sein. Wegen dem besonderen Verhältnis zwischen Organ und Körperschaft[1] ist eine Erklärung der Gemeinde nur dann zurechenbar, wenn ein zuständiges Organ tätig wurde. Andernfalls würde man der Gemeinde eine Handlung zurechnen, die rechtlich gar nicht von ihr stammt. Im Falle der Gesamtvertretung ist daher der Einwand von Treu und Glauben gegen die Formnichtigkeit nur möglich, wenn sämtliche Organträger wie vorgeschrieben an der Entscheidung und Verlautbarung mitgewirkt haben.

ee) Eine formlose hoheitliche Erklärung kann aus Billigkeitsgründen nur dann als gültig behandelt werden, wenn die hoheitliche Erklärung als solche im gegebenen Falle möglich ist. Dies bedeutet, daß der Einwand von Treu und Glauben nur dann die Formnichtigkeit beseitigen kann, wenn abgesehen vom Formmangel die Erklärung gegen keine anderen gesetzlichen Vorschriften verstößt.
Als Ergebnis kann sonach festgehalten werden:
Das öffentliche Interesse an der Einhaltung der vorgeschriebenen Form bei öffentlich-rechtlicher Tätigkeit der Gemeinde steht dann einer Berufung des Bürgers auf Treu und Glauben nicht entgegen, wenn die Tätigkeit der Gemeinde im übrigen fehlerfrei ist, so daß die Gemeinde ohne Verstoß gegen das Gesetz und ohne den ihr zustehenden Ermessensspielraum zu überschreiten die formlose Handlung jederzeit formentsprechend wiederholen könnte. Im übrigen gelten sämtliche im Privatrecht für die Anwendung

1) Vgl. oben § 4.

von Treu und Glauben entwickelten Voraussetzungen. Insbesondere muß sich aus dem Verhalten des für die Gemeinde zuständigen Organs ergeben, daß sich die Gemeinde an die formlos eingegangene Verpflichtung gebunden fühlt bzw. Vorteile in Anspruch genommen hat[1].

b) Der Gutglaubensschutz der Gemeinde gegenüber der Berufung des Bürgers auf die Formnichtigkeit:

Der umgekehrte Fall, daß sich nicht der Bürger, sondern die Gemeinde auf Treu und Glauben beruft, ist unproblematisch. Die Durchbrechung der Nichtigkeitsfolge durch den Gutglaubensschutz scheitert daran, daß in keinem Falle die Umstände, die zur Nichtigkeit führten, dem Bürger zugerechnet werden können. Die kommunalen Formvorschriften umfassen im Gegensatz zu den meisten privatrechtlichen Formvorschriften[2] nicht das gesamte "Rechtsgeschäft", sondern nur die Verlautbarung der Gemeinde. Die Fehlerhaftigkeit liegt also ausschließlich im Verantwortungsbereich der Gemeinde, in keinem Falle in dem des Bürgers. Ein Gutglaubensschutz der Gemeinde ist auch dann ausgeschlossen, wenn im speziellen Falle eine Vertrauensgrundlage entstanden, die Nichtigkeitsfolge unbillig und der Gemeinde ein besonderes Opfer auferlegt ist.

---

1) Endlich sind hier die für das allgemeine Verwaltungsrecht entwickelten Grundsätze für die Bindung der Behörde an eine nicht förmliche Zusage zu beachten. Vgl. die ausführliche Würdigung der Rechtssprechung durch Haueisen "Bedeutung von Zusagen im Verwaltungsrecht", NJW 61/1901, ferner Wirth, DÖV 60/173; Bachof, JZ 57/438 unter III; Marcel Baumann, Diss. Zürich 1952, S. 133 ff.

2) Vgl. § 313 BGB.

Im übrigen dürfte die Berufung der Gemeinde auf Treu und Glauben bei öffentlich-rechtlicher Tätigkeit äußerst selten sein. Der Bürger wird sich einmal nicht auf die Formnichtigkeit einer ihm günstigen Verpflichtungserklärung berufen. Zum anderen ist es der Gemeinde bei hoheitlicher Tätigkeit unbenommen, die formnichtige Erklärung in der vorgeschriebenen Form zu wiederholen und damit wenigstens ex nunc die Nichtigkeit zu beseitigen.

Lebenslauf

Am 14.7.1933 wurde ich als dritter Sohn des Rechtsanwalts Dr. Rudolf Berroth und seiner Ehefrau Else, geborene Bunz, in Tübingen/N. geboren. Meine Schulzeit schloß ich Ostern 1953 mit dem Reifezeugnis des Evang. theol. Seminars in Blaubeuren ab. Anschließend studierte ich acht Semester Rechtswissenschaft, davon sieben Semester an der Universität in Tübingen, eines an der Universität in Kiel. Am 22. Juli 1957 bestand ich vor der Prüfungskommission des Landesjustizprüfungsamtes in Tübingen die erste juristische Staatsprüfung. Nach vierjähriger Vorbereitungszeit schloß ich die Ausbildung mit der zweiten juristischen Staatsprüfung am 6. Februar 1962 vor der Prüfungskommission des Landesjustizprüfungsamtes in Stuttgart ab. Von Februar 1962 bis April 1963 war ich als Rechtsanwalt mit dem Sitz in Nürtingen, zugelassen beim Landgericht Stuttgart, tätig. Am 16. April 1963 trat ich den Staatsdienst - Innenverwaltung - ein und bin seither als Regierungsassessor dem Landratsamt Waldshut/Baden, seit 1.9.1964 dem Regierungspräsidium Nordwürttemberg in Stuttgart zugewiesen.